Prolegómenos. Derechos y Valores

ISSN: 0121-182X

derechos.valores@umng.edu.co

Universidad Militar Nueva Granada

Colombia

Jiménez Olivares, Roberto Alfonso

Los salvamentos de voto como fuentes de la renovación de la jurisprudencia

Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. IX, núm. 18, julio-diciembre, 2006, pp. 335-356

Universidad Militar Nueva Granada

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87601817>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LOS SALVAMENTOS DE VOTO COMO FUENTES DE LA RENOVACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA *

Roberto Alfonso Jiménez Olivares**
Universidad Militar Nueva Granada

Fecha de recepción: septiembre 7 de 2006.

Fecha de aceptación: octubre 26 de 2006.

Resumen:

Se muestra la importancia de los salvamentos de voto en la jurisprudencia y sus efectos en los cambios de la jurisprudencia constitucional colombiana. Se presenta el rol de los salvamentos en el tema de las fuentes de derecho y la construcción del criterio de los operadores judiciales.

Palabras clave

Salvamento de voto, cambio jurisprudencial, renovación vertical, renovación horizontal, fuente material y formal del Derecho.

DISSENTING VOTES AS A SOURCE OF RENEWAL OF LAWS OF PRECEDENTS

Abstract

Shows importance of dissenting votes in laws of precedents and their effects in changes of colombian constitutional laws of precedents. Dissenting votes role are submitted in the topic of law sources and delovepment's criterion of judges.

Keywords

Dissenting votes, shifts in cases of law, vertical renewal, horizontal renewal, material and formal source of law.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende dar cuenta de una síntesis del informe final de investigación del proyecto titulado "los Salvamentos de voto como fuentes de renovación

de la jurisprudencia" que tiene como propósito determinar si el conjunto de salvamentos de voto que se realizan, pasan desapercibidos o si por el contrario son fuente y origen del cambio jurisprudencial.

Como objetivo general se busca establecer la importancia de los salvamentos de voto; definir si los salvamentos se pueden considerar como una fuente de derecho; y específicamente se pretende formular una relectura de las fuentes de derecho desde el punto de vista del alcance de los salvamentos de voto; determinar si los salvamentos contribuyen a la formación del criterio de operadores judiciales y abogados, y finalmente, observar la influencia de los mismos en los procesos de construcción de la nueva jurisprudencia nacional u origen de la renovación jurisprudencial.

La justificación de la investigación se relaciona con los efectos de los salvamentos de voto en la definición y cambio de la jurisprudencia colombiana, toda vez que no existe estudio disponible sobre la materia.

La Hipótesis del trabajo es:

"La importancia de los salvamentos de voto adquiere pleno valor para el derecho (sic) constitucional actual tanto para la renovación de la jurisprudencia como para posesionarse como fuente formal del derecho".

Metodológicamente el trabajo se realizó dentro de un enfoque hermenéutico comprensivo identificando el porque los salvamentos de voto pueden implicar una renovación jurisprudencial. El tipo de investigación es histórica-descriptiva (estudio retrospectivo y presente del fenómeno estudiado), es además bibliográfico y documental (analiza fallos judiciales y doctrina extranjera sobre la materia); y las técnicas de investigación implican el uso de un análisis de contenido (sobre los fallos y la doctrina), la observación estructurada (con la ayuda de líneas de investigación, cuadro y gráficos de apoyo). Y finalmente el tipo de observación es individual.

1. MARCO TEÓRICO

Es ajustado a la realidad pensar que no debe ser otro el papel de la Corte Constitucional que el de ser protector acérrimo de la Constitución. Y, por antonomasia, garantista de los derechos fundamentales. Así cualquier actuación de ésta que allí se enmarque no es más que cumplimiento de su misión.

* Este artículo presenta los resultados de la investigación terminada "Los Salvamentos de voto como fuentes de Renovación de la jurisprudencia" en la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá.

** Abogado Universidad Militar Nueva Granada Investigador Independiente.

Ya la jurisdicción, sus jueces, sus funcionarios, los litigantes que en ella ejercen y a quienes interesan los caminos de estos temas están entrenados para entender las alarmas de atención, de cambio e influencia decisiva en la protección de los derechos ciudadanos ante una eventual mutación en la doctrina constitucional. Algunos la esperan con una especie de miedo por su omnipresencia y poder; otros con la tranquilidad que las argumentaciones de esta Corte sobrepasan lo formal, lo estético, las restricciones económicas, para fijarse en lo sustancial, en lo que antes se señaló como su cometido.

Para la ciencia del Derecho, mutante y dinámica por esencia, que extraño puede ser un cambio, una reorientación de sus criterios. Por eso el activismo innovador del Derecho, y más aún del constitucional, nos acostumbra a estar a la espera de cualquier intento o sospecha de modificación de las líneas jurisprudenciales.

La supremacía de la Constitución Política ha sido defendida como verdadera ley de leyes, o norma de normas de la nación. Tan es así que por tan evidente fortaleza en su preservación muchos detractores se quejan de abusos y extralimitaciones de poder de la Corte Constitucional.

Se vislumbran en las sentencias del Tribunal de la Constitución los nuevos enfoques y la aplicabilidad de la teoría del Derecho que impera durante su proceder. El nuevo derecho se construye a través de una renovada versión de la teoría de Hans Kelsen y la adopción latinoamericana de la teoría del Derecho de autores como H.L.A. Hart, Ronald Dworkin y Robert Alexy. Sus discusiones, ya en la conciencia jurídica de estos países, generaron ese injerto teórico con repercusiones profundas en la adopción de nuevas constituciones o reformas a normas que conservaban el carácter Kelseniano que sin excepción reinaba también en Colombia.

Kelsen se comprendía como una exposición definitiva del derecho positivo y estatal propio del siglo XX. Él dedica su obra científica a una teoría del Derecho en la empresa de “las estructuras subyacentes que determinan la práctica contemporánea del derecho (sic)”¹. Por su parte H.L.A. Hart introduce la crítica

al formalismo de las reglas. Ronald Dworkin y Robert Alexy, para nuestro interés, realizan un reposicionamiento de los principios morales y políticos y nuevos estudios sobre interpretación, argumentación y ponderación jurídica².

Estas nuevas concepciones colaboran al sustento jurídico y la determinación del enfoque de la Corte Constitucional. De hecho, fijándose bien, se puede aprender en sus providencias lo que se debe saber sobre argumentación jurídica.

1.1. Interpretación Jurídica de los Jueces

Existen varias formas de entender la interpretación legal que hacen los jueces. El profesor Polaco de Teoría General del Derecho y del Estado, Jerzy Wróblewski identifica tres concepciones³ del término interpretación y entre ellas sugiere una, que se verá aquí acatada. Según él la interpretación puede ser: “sensu largissimo⁴, sensu largo⁵, o sensu stricto⁶”.

² Ideas tomadas del “Capítulo 6, Constitucionalización y judicialización del derecho: Recepción de teorías en el último cuarto del siglo XX” del profesor Diego López Medina.

³ Siguiendo la recomendación en pie de página No. 1. en WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica. Traducción de Arantxa Azurza. Civitas Ediciones, S.L. 1985. Primera edición reimpresión. 2001. Madrid. p. 21. “Para los significados del término – interpretación- ver WRÓBLEWSKI, Jerzy, Legal Reasoning in Legal Interpretation, -Logique et analyse-. 1969. p. 4 y ss.; reimpreso en WRÓBLEWSKI, Jerzy, Meaning and Truth in Judicial Decision. Helsinki. 1983. p. 72 y ss.”.

⁴ Interpretación sensu largissimo. Es la comprensión de un objeto en tanto fenómeno cultural y natural. El profesor WRÓBLEWSKI cita como ejemplo la percepción de una piedra. Plante la pregunta si ella es resultado de fuerzas naturales como el viento y el agua, o producto del trabajo humano como instrumento u obra de arte. Es entonces del tipo de interpretación utilizada en las ciencias humanas y que requiere una base filosófica apropiada.

⁵ Interpretación sensu largo. Es la comprensión de cualquier signo lingüístico, asignándole un significado de acuerdo a las reglas de sentido de ese lenguaje.

⁶ Interpretación sensu stricto. Es la determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación. Esta es la utilizada en las razones de las decisiones jurídicas y recomendada por el profesor WRÓBLEWSKI.

¹ KELSEN, Hans. Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado Desarrollados con base en la Doctrina de la Proposición Jurídica, Porrúa. México. 1987.

Entre todos los tipos de interpretación que puedan hacerse, de acuerdo con una clasificación jerárquica acerca de la materia de la cual se ocupa, la principal es la que se hace en la interpretación de la Constitución.

El profesor Wróblewski, enseña además, que: “La interpretación constitucional aparece como un caso especial de la interpretación legal. La teoría general de la interpretación legal cubre también la interpretación constitucional, aunque hay rasgos especiales de esta última conectados con las particularidades del papel de la Constitución (...)”⁷.

El contexto sistémico origina dudas interpretativas cuando el significado “prima facie” de una regla es inconsistente o incoherente con otras reglas válidas de este sistema. Especialmente, este es el caso en cualquier control de constitucionalidad de las leyes: si hay una inconsistencia entre una regla legal y una regla constitucional tomadas en su sentido “prima facie”, surge la duda acerca de si alguna de ellas, o ambas, han sido correctamente entendidas. Frecuentemente se concibe a las reglas constitucionales como principios jurídicos en uno de los diferentes significados de este término vago, y en tanto que principios juegan un relevante papel a la hora de determinar el significado de las reglas interpretadas que no son coherentes con ellos y, por tanto, provocan dudas sobre su significado “prima facie”⁸.

Las dudas que surgen en la interpretación jurídica como práctica común de los operadores jurídicos, de las partes en un proceso, de los doctrinantes y los juristas, y en definitiva de todos los que se acercan como estudiosos al Derecho, son el origen de la dispersión que genera las gamas variantes de la tonalidad que adquiere, en boca de cada cual, una norma.

“Las dudas que produce la interpretación operativa son las que tienen que ver con la aplicación del derecho. Pero dudas análogas aparecen también en un análisis general y en la sistematización del derecho (sic) en la interpretación doctrinal, y la interpretación doctrinal, y la interpretación del derecho constitucional (sic) no es una excepción. La exis-

tencia de una duda está siempre referida a un uso concreto de una regla legal”⁹.

Luego entonces, tras estas ideas, no queda más para este punto que declarar que interpretar es sanar el entendimiento.

Por supuesto se trata de mejorar la comprensión del lenguaje legal, proponiendo una claridad, sin fisuras. Esto de manera especial porque no es muy grande el esfuerzo que hay que hacer para encontrar una ley con zonas oscuras en cuanto a su intención, su determinación de integrar sin vacíos y sin casuismos su exacta finalidad. En muchas ocasiones se debe casi deducir su utilidad, imaginar su designio o frustrarse ante la real inutilidad de la letra y el espíritu de la ley, por mala formulación.

La verdad es de difícil refutabilidad: “Los caracteres más sobresalientes del lenguaje legal, como una especie del lenguaje común, son la vaguedad y la contextualidad del significado”¹⁰.

El juez debe: dilucidar con autoridad lo que no se entiende de una norma, aún desplazando a su legislador histórico, que aunque siendo aquel el intérprete auténtico, no es quien se enfrenta ante el mundo de dudas interpretativas y los avatares de aplicabilidad a un caso concreto; ponderar la colisión de dos situaciones: por un lado el significado que debió tener una regla legal de acuerdo con la intención del legislador al momento de hacer la interpretación; y por otro, el significado nacido de las valoraciones del intérprete acorde a los objetivos de la norma; arbitrar el encuentro entre la ficción que prolonga la intención no declarada del legislador, por no haber sido prevista en su oportunidad, y los convenientes criterios de valoración del intérprete, cargados de inclinadas concepciones a su favor.

1.2. FILOSOFÍA JURÍDICA Y TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

Basta con examinar la lista de los autores¹¹ que participen con su prestigiosa presencia, para darse cuenta

⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, Traducción de Arantxa Azurza, Civitas Ediciones, S.L. 1985, primera edición reimpresión, 2001, Madrid, p. 18.

⁸ Ibid., p. 39.

⁹ Ibid., p. 40.

¹⁰ Ibid., p. 41.

¹¹ GÉNY, WELZEL, BOBBIO, RICCI, FROSINI, GARCÍA MAYNEZ, RECASÉNS SICHES, ZAGREBELSKY, GOLDSCHMIDT.

que la Teoría Tridimensional del Derecho está llamada a reclamar su importancia.

Saliendo del puerto construido con el Realismo jurídico, norteamericano y escandinavo, y en naves cargadas de Derecho Dúctil, se llega a tierras de la tríada hechos – valor - norma, que en cualquier orden en que se les encuentre, podría decirse que son las elevadas formaciones rocosas que se distinguen en esta isla de arribo. Como si en la ciencia del derecho no cesasen los descubrimientos de nuevos terrenos a explorar, se va isla tras isla, se realizan hallazgos teóricos que permiten renovar la visión del derecho.

Es así como la Teoría Tridimensional del Derecho merece un lugar, de paso obligado, como complemento explicativo de las nuevas tendencias que conducen las naves del pensamiento jurídico.

Dando la vuelta a la isla montañosa, según la perspectiva que se tenga, nos enseña el autor, don Miguel Reale, que depende el orden en que se vean se conocerá quien es el observador. El abogado, las ordena como hechos- valor- norma; el sociólogo, como norma- valor- hechos; y el filósofo como norma- hechos- valor.

La sociología se entendería entonces, desde la anterior definición, como la ciencia que estudia el hecho según la norma valorada. Así la sociología del derecho le interesa conocer el derecho como un hecho social.

Los juristas se plantean, en este orden, como aquellos que se fijan en la concreción de la norma elaborada por el conocimiento de los hechos, la intención de madurarlos bajo el crisol de los valores.

A los filósofos se les deja para la reflexión sobre el sentido de los valores, dentro de una realidad y un marco normativo aceptado.

“El jurista viene y degusta la norma, el sociólogo se contenta con el hecho, y el filósofo iusnaturalista se pierde en el mundo del valor”.

Tras estas concreciones, dice el autor bajo lectura que “la norma jurídica es la indicación de un camino, pero para recorrer un camino, debo partir de un determinado punto y ser guiado por cierta dirección. Luego, el punto de partida de la norma es el hecho, rumbo a determinado valor”.

Sin duda se refiere al camino de los juristas, no al de los sociólogos, no al de los filósofos.

Según Reale es tal la lejanía entre los referidos sujetos que cada uno tiene un demarcado ámbito que los separa y un entendimiento muy diferente de las cosas. El Derecho resultaba algo diferente para cada uno.

Tan es así que, “No faltaron actitudes incluso extremas, aunque afortunadamente excepcionales, vanagloriándose el filósofo, enfáticamente, de la inutilidad de sus investigaciones para el jurista y el jurista viendo, a su vez, en la filosofía del derecho un simple adorno o complemento humanístico para la ciencia del Derecho, que debía ser positiva en sus orígenes, en sus métodos y en sus fines”.

Muchas veces el poco entendimiento entre ellos trae consigo los argumentos que sirven de conciliación entre unos y otros, para beneficio del Derecho y la fijación de nuevos rumbos.

Los temas empezaron a ser comunes, bajo formas variadas, al realizar estudios sobre la realidad del derecho, el derecho como conducta, la sociabilidad del derecho, los valores, los hechos y el sentido de las normas.

Entonces la correspondencia que debería existir entre derecho y filosofía se hace cada vez más una vocación actual, que vuelve los problemas del Derecho asuntos de la filosofía. Pero, en todo caso, la visión del filósofo no es la misma que la del jurista. Ellas se complementan. Cada uno con su propio papel:

Corresponde al jurista interpretar y aplicar con rigor las normas; entender las fuentes de los derechos; la operatividad de la ley, la costumbre, o la jurisprudencia; preocuparse por la validez y eficiencia de las normas que crea.

Incumbe al filósofo del Derecho indagar las razones fundantes de los modelos normativos y el sentido de las regulaciones; analizar el significado de la acción del jurista.

Con la enseñanza de ambos roles se permite tomar conciencia de la función creadora de los juristas encaminada a un Derecho realmente operativo.

O sea que el Derecho debe ser una triple dimensión, donde la valoración es un elemento fundamental que convoca a los filósofos por su importancia dentro de la teoría y por su utilidad en la reflexión de los temas jurídicos.

1.3. CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

La creación del Derecho, como un concepto operativo en este entorno y en el sentido que aquí se le requiere, se reduce al campo de las normas jurídicas con fuerza de ley vistas desde la perspectiva del funcionario judicial que profiere sentencias. Es decir aquellos preceptos cargados de eficacia erga omnes y fuerza ejecutoria.

El arbitrio del juez genera una eficacia que desde la naturaleza de su función jurisdiccional se encuentra limitada a quienes son parte en un proceso.

Lo llamativo es el fenómeno de trascendencia de esa eficacia, cuando supone la valoración de una norma.

El canon enjuiciado cuando tiene el carácter de Constitucional, o cuando se enfrenta a este, de inmediato torna la decisión de una eficacia inter partes a una eficacia erga omnes. Vincula entonces a los demandantes, al constituyente primario, a la rama judicial, a todos, y deja la huella en el camino del transcurrir del Derecho como marca de un nuevo paso, como un precedente.

La anterior influencia en el sistema normativo por parte de los jueces hace que esta competencia la convierta en una rama peligrosa del poder público porque se podría calificar como de la “antagonista del legislador”¹². Ahí surge el problema de la legitimidad del Juez creador de Derecho y la discusión de su actuar por fuera de los límites.

Enjuiciar normas trae consigo el riesgo, o la fortuna, de comparar su contenido para decidir su validez respecto a la Constitución, con la posibilidad de alterar el sistema normativo por la extinción de una ley del ordenamiento jurídico. Ahí el juez constitucional crea,

destruye, rediseña la normatividad para controlar la constitucionalidad de la ley, y hacer prevalecer esta última sobre las demás.

Pero, hay que revisar más adelante si la creación judicial es de mera extinción, por el consecuente rediseño del marco legal nacional. O si el Juez crea derecho cada vez que, sin derogar una ley, la interpreta para extenderla, complementarla, derivarle analogías, ajustando el ideal propuesto por el legislador que ha sido superado por nuevas realidades.

1.4. EL FALLADOR COMO LEGISLADOR OCASIONAL

Al decir Hobbes, “la astucia de un intérprete puede expresar en la ley un pensamiento contrario al del soberano, y por este medio el intérprete deviene legislador”, con lo que el pensador inglés ya anticipaba la idea del principio de interpretación: toda teoría, toda ley, en este caso, es “aplicada” según el criterio del legislador de turno. La norma no es inmediata, es, al contrario, mediata. Los abogados no deberían ostentar ese título, sino, más bien, el de intérpretes de normas¹³. (Subrayas fuera del texto original)

Las múltiples percepciones de las normas, los problemas siempre originales que plantea el derecho social, los ordenamientos jurídicos carentes de técnica legislativa, oscuras lagunas para el entendimiento o para su aplicación, entre otros múltiples aspectos obligan al Juez de turno a interpretar las normas existentes y a legislar. Legislar para el fallador no es una aplicación debida, pero si es común y recurrente.

Se dice que el juez está legislando cuando va más allá del texto de la ley. Pero, entonces los jueces no son legisladores habituales pero tal vez sí un legislador eventual. Desde este punto de vista crea derecho, lo moldea, lo estudia para aprehender, lo hace aplicable y suyo.

Parecería que con esta aproximación entre las ramas del poder judicial y legislativo, se desatiende a Montesquieu.

¹² RUBIO LLORENTE, Francisco. La Jurisdicción Constitucional como forma de creación de Derecho. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 22. Enero- Abril 1988. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. p. 12.

¹³ Tomado de El derecho civilizador, incluido en el libro El desafío cínico seguido de El Derecho civilizador. REYES M, Óscar, Ediciones desde abajo, primera edición, Bogotá D.C., 2003, pp. 281, 282.

Pero no es tan así, véase por qué:

- Una primera razón es cultural. De cuna, a la mayoría de los buenos colombianos, nos enseñaron el respeto a nuestros mayores. Y él sí que mayor, mayor por mucho, y en mucho a todos.

El buen Barón, tridivió los poderes del Leviatán de Hobbes, para domarlo, hacerlo solidario, sano, y ya no más monstruo. Lo dividió de acuerdo a la medida que le dio su tiempo, a su percepción de Estado. Y aún casi funciona. Prevalecen sus concepciones, pero se discuten más posibilidades, nuevos factores reales de poder.

Se respeta entonces la autonomía y especialidad de la Rama Ejecutiva, de la Legislativa y de la Judicial.

Pero la intromisión que se ha señalado de lo judicial en lo legislativo, es innegable y no es a propósito malévola como para justificar un fin perverso.

Lo que sucede es que el destino de la argumentación jurídica de los jueces, de su discrecionalidad ajustada a derecho, es tomar la legislación y entenderla, intimar con ella, interpretarla, casi rehacerla. Esa construcción del que hacer genera procedimientos, maneras de ver la ley, diseñarla desde sí mismo, pero a partir de la que le entregó el legislador. Así que uno es uno y el otro es el otro. Pero el uno siempre desde el otro, en relación con él. Es así como la división de los poderes públicos se integra, engrana y complementa. Sino tuviesen las ramas estos tejidos conectores entre ellas, encaminadas a lo público, al Estado de Derecho, y también social, ¿Cómo es que van a funcionar?

- Otra razón puede ser que: “En casos de penumbra (...) el juez determina los derechos y las obligaciones de las partes, teniendo en cuenta fines, valores y consecuencias sociales de su decisión, siendo discrecional la aplicación de principios extra-jurídicos”¹⁴.

Es cierto que el Chief Justice, Charles E. Hughes, expresó su célebre frase: “La Constitución es lo que los jueces dicen que es”; pero de eso a que los jueces pue-

dan crear normas con el mismo valor de los preceptos constitucionales hay una gran distancia¹⁵. Pero se dice que el juez constitucional crea Derecho: “no sólo derivando reglas de los principios del Derecho común o mediante la interpretación de los enunciados abstractos de la ley, sino también juzgando sobre la compatibilidad de éstos con los preceptos aún más generales y abstractos de la Constitución, cuyo sentido preciso sólo la propia Corte puede determinar la forma autorizada y, por tanto, vinculante para el legislador, a éste no le es posible remover el obstáculo que para el cambio del Derecho representa una decisión de inconstitucionalidad (...)”¹⁶.

La diferencia entre el juez y el legislador consiste en las limitantes que poseen en la operación interpretativa al estudiar la cuestión que les compete. El juez, si es constitucional, crea derecho de manera eventual, con efectos erga omnes, pero está facultado para hacerlo no legislando en sentido puro y lato, pero si con una participación que determina con su visión de proveedor de justicia hacia donde debe desplegarse la protección que ejerce la Constitución y cuál será el alcance permitido a una norma de inferior jerarquía. Crea interpretando y crea extinguiendo.

Secularmente se enseñó en nuestras facultades de derecho (con escasas excepciones, desde luego) que el legislador crea derecho y el juez sólo lo aplica. (...).

Cuando la Constitución del 91 entró en vigencia y la Corte Constitucional en funciones, se hizo patente que en Colombia se había producido un hecho político y cultural (!) importante, a saber, la recepción de una hermenéutica, nueva para nosotros pero añosa ya en medios académicos más avanzados. En ella (con muy diversos matices) se pone de presente que el juez también es creador de derecho y no puede menos que serlo. Se trata de una verificación fenomenológica y no de una pauta dentológica.

Cuando la Corte Constitucional, desde sus primeras decisiones, puso de presente este truísmo, se senten-

¹⁴ ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho?, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Bogotá D.C., 1999, p. 51.

¹⁵ NIÑO, José Antonio. La Interpretación de las Leyes, Editorial Porrúa, S.A, México, 1971. p. 200.

¹⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco. La Jurisdicción Constitucional como forma de creación de Derecho. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 22. Enero- Abril 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 17.

ció peyorativamente en ciertos sectores, guardianes de la recta doctrina, que se había inaugurado “el nuevo Derecho”¹⁷.

Por último, a manera de conclusión parcial, debe tenerse en cuenta que las interpretaciones autorizadas son las que dan lugar a pronunciamientos transformadores de las normas vigentes. Ello por cuanto las decisiones de la Corte Constitucional tienen posibilidades de validar o sacar, con una declaratoria de inexecutable, una norma del ordenamiento jurídico.

Interpretar, entonces, permite de alguna manera legislar cuando se ajustan los textos legales al Canon Superior. En este sentido:

La interpretación y concreción de los preceptos constitucionales da lugar en la práctica a que el Tribunal Constitucional actúe como un legislador negativo, y en algunos casos positivo. En el primer supuesto la ley o los preceptos de la ley declarados inconstitucionales dejan de ser válidos; en el segundo supuesto, cuando el tribunal constitucional emite una sentencia interpretativa- indicado que una ley o determinados preceptos sólo son constitucionales si se interpretan en un determinado sentido- está sustituyendo al legislador al indicar cuáles son las interpretaciones válidas de esos preceptos¹⁸.

1.5. EL DERECHO DÚCTIL Y SU INFLUENCIA EN LAS SENTENCIAS

Para el profesor de Turín, Gustavo Zagrebelsky,¹⁹ la interpretación es una actividad intermedia o mediadora entre el caso real y la norma que lo regula, es libre y la concibe como una actividad “que sitúa en la línea de tensión que vincula la realidad con el derecho”. Estos aspectos de la realidad la ubicarán siem-

pre en un plano donde coordenada y abscisa son tiempo y espacio, en donde para que puedan converjan deben dejarse estáticos, con una definición única como punto de partida. Así se logra que la interpretación sea idéntica y exacta para todos.

Pero el mundo de las ideas jurídicas presenta en diferentes planos sus nuevas teorías, replanteamientos, fusiones. Es una verdadera ductibilidad dependiendo de dónde se ubica y qué teoría es la preponderante en ese allí y ahora. Es una discusión relativa, abierta a las preferencias del operador.

Según Zagrebelsky “el pluralismo de métodos interpretativos es un rasgo característico de nuestra cultura jurídica, y cada método remite a una cierta concepción ontológica del derecho (...)”²⁰, pero:

(...) en ocasiones el conflicto no es producido por el hecho de que dos normas sean aplicables, si no que el juez u órgano que decide produce el conflicto entre la norma aplicable y un principio durante el proceso de justificación cuando considera que la norma no debe ser aplicada. Este tipo de valoraciones implica un margen de discrecionalidad para el juez basado en el criterio y racionalidad del intérprete que decide obrar en contra de la letra de la ley en beneficio de la justicia²¹.

Entonces, usando la misma imagen de Zagrebelsky, el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción en donde se puede traer elementos externos que lo complementen, y teorías transnacionales que lo hagan más entendible. Pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, si no de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales. Así que están las posibilidades puestas para que en este ambiente florezca el antiformalismo.

Se trata en definitiva de “una convivencia ‘ductil’ construida sobre el pluralismo y las interdependencias

¹⁷ GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Sentencias. Herejías Constitucionales. Fondo de Cultura Económica, P. Primera edición, 2002. Una explicación necesaria, p. xiii, xiv.

¹⁸ MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis. FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. Curso de Teoría del Derecho. Editorial Ariel, segunda edición, Barcelona, 1999, p. 172.

¹⁹ Es catedrático de Derecho Constitucional, Departamento de Ciencias Jurídicas, de la Universidad de Turín. Presidente de la Corte Constitucional italiana.

²⁰ HUERTA OCHOA, Carla Leticia. Conflictos Normativos. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México, 2003, p. 183. [online] Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=949> [Citado el 5 de enero de 2006].

²¹ Ibid., p. 195.

y enemiga de cualquier ideal de imposición por la fuerza”.

Por eso afirma G. Zagrebelsky que: “(...) el derecho constitucional no sólo tiene “textura abierta” (H.L.A Hart) sino que adicionalmente es un derecho políticamente “dúctil”, “maleable”, “líquido” o “fluido” (...)”.

De lo anterior no queda duda, y menos cuando se despejan al ver la aplicabilidad en casos concretos de nuestro alto Tribunal Constitucional.

La sentencia T. 406- 1992 (M. P. Ciro Angarita Barrón). Es una sentencia que se puede clasificar, junto con la T. 322- 1996 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) cómo de choque. Ello por dejar ver, de manera notoria, como se usa dentro del antiformalismo contemporáneo la idea de la “lógica razonable” en contra de la “lógica de lo racional”.

Pero, marcando el paso, caminado despacio, se debe empezar por algunas definiciones o mejor aclaraciones de los términos que se van utilizando. El profesor Diego López Medina es muy claro en punto a lo que se debe entender por antiformalismo contemporáneo. Él dice que:

Esta nueva sensibilidad teórica, a menudo denominada nuevo derecho, hace uso constante de lecturas transformadoras de la TTD²². El nuevo derecho se construye a través de una renovada versión de la teoría de Kelsen y la recepción latinoamericana de la teoría del derecho de autores como H.L.A Hart, R. Dworkin y R. Alexy.

²² Se refiere a la Teoría Transnacional del Derecho (TTD), cuya imagen es la de “un cuerpo de obras de filosofía del derecho que son desinteresadas, verdaderas y valiosas, cuyo lugar en el canon se deriva de su gran calidad conforme a criterios consensuales de excelencia jurídica”, pero que no se queda simplemente como una “lista de libros; incluye la masa de comentarios, de lecturas y transformaciones del canon producidas en los países prestigiosos, enseñadas en las facultades de derecho e impuestas con fuerza de autoridad a través de la disciplina académica.” (Tomado del Prólogo de Duncan Kennedy, en el libro de Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA. Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana, Primera Edición. 2004. Editorial Legis. Colombia. p. xvi)

2. DESARROLLO DE LA HIPÓTESIS

2.1. La Sentencia. El Salvamento de Voto. La Jurisprudencia respaldada en la tesis del Salvamento.

La Sentencia	El salvamento de voto	La jurisprudencia respaldada en la tesis del Salvamento de Voto
(posición)	(negociación)	(negación de la negación)

Las apreciaciones de lo que hoy se puede tener como una Sentencia que constituye un precedente judicial estable, casi fijo, depende del grupo de referencia en el que se enmarca. Es decir obedece a la confluencia de unas condiciones: los argumentos de un cierto tribunal colegiado; del funcionamiento de una estrategia de persuasión del fallador que ejerció como ponente; de la conjunción temporal de una determinada colegiatura que presupone unas tesis imperantes, unas concepciones del derecho que vienen con cada uno de los miembros. Todos estos factores se encuentran y determinan las razones de una sentencia en un cierto sentido. Es así como “ciertas soluciones interpretativas, incluyendo los puntos de vista sobre la naturaleza y la fuerza de la legislación y del precedente, son muy populares durante una época, y su popularidad, ayudada por la inercia intelectual normal, alienta a los jueces para que las adopten para todo propósito práctico. Son los paradigmas de su época”²³.

El consenso, como un “acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos”²⁴ es un criterio de legitimación con carácter inestable. El grupo de referencia de las sentencias es inestable porque puede cambiar socialmente y lo que era una argumentación aceptada puede irse desfigu-

²³ DWORKIN, Ronald. El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica, Editorial Gedisa, Barcelona, 1988, p. 73.

²⁴ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición. Disponible en <http://www.rae.es/>

rando. La apreciación de lo que es bueno y malo, justo e injusto, depende del grupo de referencia.

El disenso como, la convicción de disolver o dejar sin efectos el acuerdo que se estableció desde el consenso, aborda para validar una nueva manera de ver el problema jurídico y su solución. De esta manera existe un contra- argumento de la tesis que conformó la sentencia. Entonces la persuasión a ese auditorio particular de jueces de un grupo colegial específico no funcionó de manera completa. Uno o varios de sus miembros tienen la posibilidad de salvar su voto, y de esta forma se separa de lo que el ponente propone en una argumentación que, para aquel del voto particular, le resulta no muy fuerte o convincente.

(...) lo que parecía inobjetable es objetado, se desarrolla una interpretación nueva o incluso radical de una parte importante de la práctica legal en la cámara de alguien o en algún estudio; luego la interpretación se ve favorecida dentro de una minoría "progresiva". Los paradigmas se rompen y surgen nuevos paradigmas²⁵.

La negación de una Sentencia se evidencia en su Salvamento de Voto.

El Salvamento de Voto, negación de la Sentencia, deja de ser el mismo en sí cuando su fuerza argumentativa reúne tal convencimiento que tuerce su línea jurisprudencial antecesora. Las múltiples condiciones que pudieron originar el disenso recibieron respaldo y la minoría progresiva, avanzó: El Salvamento se volvió la tesis imperante, se hizo Sentencia.

De allí a que el nuevo paradigma se haga jurisprudencial es cuestión de permitir que el nuevo consenso, como un acuerdo renovado, permanezca y no sólo sea sentencia, sino que pronto sea su máxima expresión de exaltación: Jurisprudencia.

El Salvamento de Voto que al ser reiterativo niega la jurisprudencia es el mismo que una vez negó la sentencia derrocada desde donde se originó.

2.2. Los Salvamentos de Voto y el derecho a disentir

Disentir se define como "No ajustarse al sentir o parecer de alguien. Disiento de tu opinión". Este verbo deriva del latino *dissentire*, que significa "Pensar de modo diferente, ser de distinta opinión" (Diccionario Latín-Español Sopena). Se comprende mejor el significado de este verbo si se toma en cuenta que en Latín *dissentire* es palabra compuesta, formada por *dis-*, sufijo con el valor de "separación", y *sentio*, que entre otras cosas equivale a yo siento, yo lo percibo de otro modo (Ibídem). O sea, que literalmente disentir significa sentir distinto, sentir diferente, sentir de otra manera. Y también estar en desacuerdo con una posición determinada.

De lo dicho, y de la práctica, se deduce que quien disiente lo hace de manera casuística o específica, y no en términos generales. En una reunión alguien disiente de una opinión, del parecer de otra u otras personas, incluso del sentir mayoritario. Pero el disenso no supone necesariamente ruptura con el grupo. Se disiente hoy de una posición determinada, pero mañana se puede estar de acuerdo con otras posiciones. Ahora bien, cuando la disensión o disenso se hace general o permanente, entonces sobreviene la disidencia²⁶.

Pero, ... ¿derecho a disentir?

La revisión de la jurisprudencia francesa indica que el "derecho a disentir" trata de un aspecto derivado de la Libertad de Opinión. El Diccionario de la Academia Francesa, por ejemplo, define el derecho a disentir como "el derecho a apartarse de la doctrina o de la opinión de la mayoría sobre todo en materia religiosa y política".

(...) el asunto del derecho a disentir tiene importantes vínculos con el tema de la democracia, la alternabilidad, el pluralismo, el derecho de las minorías e incluso la lucha de las mayorías contra las posiciones doctrinarias de minorías que son dominantes o que controlan, de alguna manera, el poder.

²⁵ DWORKIN, Ronald. El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Editorial Gedisa, Barcelona, 1988, p. 73.

²⁶ Definición de MÁRQUEZ RODRÍGUEZ, Alexis en WebArticulista.net. Disponible en http://72.14.207.104/search?q=cache:GjB_MI8Zu94J:luisdelion.free.fr/disentir.html+DISENTIR&hl=es&lr=lang_es. Citado el 21 de enero 2006

De esta forma, pues, entendemos el derecho a disentir como aquel que ampara bajo el espíritu de las leyes y del Estado de Derecho la posibilidad de discrepar y de manifestar desacuerdo en el debate público que genera una sociedad democrática.

Se disiente porque el ser humano se caracteriza por su diversidad de opiniones y hay democracia cuando este disenso se puede expresar públicamente sin temor a represalias²⁷.

Cuando hablamos del derecho a la vida, al desarrollo o del derecho a disentir o a la diversidad, hablamos de tolerancia. Si pro-movemos, protegemos y destacamos la tolerancia, nos asegura-remos todo tipo de libertades. Sin lo anterior, ciertamente no tendremos ninguna²⁸.

¿Cómo así puede existir una voz discrepante?

En efecto, la existencia del voto particular produce incomodidad cuando se piensa que la Constitución o la ley aplicada por el órgano adecuado conduce a una decisión, la única que se corresponde con el documento constitucional o legislativo²⁹.

2.3. LA CONVERGENCIA COMO ORIGEN DE LA JURISPRUDENCIA

El consenso argumentativo del órgano judicial colegiado es la autoridad revestida con la eficacia en las decisiones que no sólo se tiene en cuenta para la conformación del precedente, sino que hace tránsito a cosa juzgada. La convergencia por sí sola es a la que se le concede importancia, aún cuando los Salvamentos de

Voto, o sea la divergencia, hagan parte integral de la sentencia jurisdiccional.

Para algunos autores, como Ezquiaga Ganuzas, realizan la aclaración siguiente: "el voto particular no posee ninguna eficacia jurídica, ya que la decisión mayoritaria no pierde fuerza Jurídica por más opiniones disidentes que la acompañen"³⁰.

Sobre el consenso y el Derecho, el periodista Germán Yenke, se pregunta "¿Quién podría discrepar del consenso, si este fuese realmente tal?" y se responde:

Si la sociedad unánime es imposible, el consenso como realmente ocurre- sólo se puede dar en grupos de interés, comunidades o partidos que pretenden dar cuerpo a la ficción de que actúan como individuos. Pero es el Derecho y no el consenso el que puede garantizar ala libertad, que supone, como escribió Lord Acton, la seguridad de que cada ser humano tendrá la protección suficiente para hacer lo que cree que debe hacer frente a la influencia de la autoridad, de las mayorías, de la costumbre y de la opinión. Si se discrepa del consenso se rompe y la pluralidad se convierte en malditismo. Sólo el Derecho respeta la discrepancia y las minorías³¹.

El Derecho aún con su respeto a las minorías, mantiene en algunos casos un positivismo cerrado en cuanto a su sistema de fuentes y sólo da paso al consenso legislativo, y al consenso de los órganos judiciales colegiados. La convergencia es la que tiene una legitimidad aprobada, es la que vale en las sentencias.

También vale la pena observar el consenso en Hobbes:

Al pacto hobessiano, según el cual "Nadie sin injusticia puede protestar contra la institución del soberano declarado por mayoría"³², e instituido por la multitud de hombres que concurren " 'tanto los que han votado en pro como los que han votado en contra' de otorgar a un 'hombre o asamblea de hombres, el dere-

²⁷ KELLER R., Alfredo. El derecho a disentir. Unión de Partidos Latinoamericanos. Guatemala. Mayo 2004. Disponible en http://72.14.207.104/search?q=cache:tHbuNx_lerEJ:www.upla.net/modulos/news/article.php%3Fstoryid%3D37+DISENTIR&hl=es&lr=lang_es. Citado el 21 de enero de 2006

²⁸ Palabras del Secretario General de las Naciones Unidas, señor Kofi Annam con motivo del inicio del año del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Citadas por KELLER R., Alfredo, en El derecho a disentir.

²⁹ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. El voto particular. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 18.

³⁰ Ibid. p. 66.

³¹ YENKE, Germán. El consenso y el Derecho. Revista Registradores de España. No. 29, septiembre-octubre de 2005. p. 82.

³² HOBBS, Thomas. Leviatán. Fondo de Cultura Económica. México. 1994. Capítulo XVIII, epígrafe 3.

cho de representar a la persona de todos', deben 'autorizar todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea'. Esto es igual que decir que tomada por mayoría la decisión de conferir a un hombre o a una asamblea de hombres el derecho de representar la multitud, todos, es decir, tantos los que votaron a favor como los que votaron en contra, autorizan las acciones y juicios del soberano así instituido, en razón de que las decisiones de la mayoría se interpretan como decisiones 'asumidas por el todo', desde el momento en que las minorías derrotadas están dispuestas a acatar el resultado mayoritario, el criterio de la mayoría implica, según esto, el consenso y el acuerdo de todos (consensus omnium)³³ " 34.

Esta obligación de obediencia es válida para todos quienes no han consentido. En el caso del disidente porque 'si voluntariamente ingresó en la congregación de quienes constituían la asamblea, declaró con ello, de modo suficiente, su voluntad (y por tanto hizo un pacto tácito) de estar a lo que la mayoría ordenara'³⁵.

2.4. EL VALOR DEL VOTO PARTICULAR O DISIDENTE

¿Quién o qué garantiza la perpetuidad del consenso argumentativo?

Nadie ni nada puede asegurar que cualquier clase de consenso sea permanente. No lo creo. Pueden plantearse medidas y fijar criterios que inadmitan la discusión, pero, como ya se dijo en la fundamentación sociológica de este trabajo, es la naturaleza humana la que impulsa a ser diferentes y apartarnos del consenso. Las razones de querer estar en contra de los demás no es mala si esa separación trae consigo una propuesta diferente. Justificadamente coherente y con respaldo lógico y defendible.

No hay que negar la importancia de los consensos en la sociedad: en los contratos, en los pactos políticos, en la convivencia social, y en muchas otras cosas. Recuérdense no más las razones del discurso argumentativo tras la búsqueda de adeptos en un audi-

torio universal que plantea Perelman. Todo eso son consensos, sin duda importantes para la cotidianidad.

Sin embargo, si partimos del punto de que el Derecho involucra en sí mismo un proceso éste no puede pensarse anclado en los consensos pasados. Su evolución surge de disensos que promueven nuevos consensos. Así aparecen nuevas teorías jurídicas, nuevas argumentaciones. En fin el consenso deja de ser perpetuo.

Ese mismo es el valor del Salvamento de Voto; es decir su poder impulsor, desde la razón, de la diferencia que marca el fin de los consensos de las argumentaciones mayoritarias que son tesis respaldadas por los jueces colegiados.

Su valía está en oponerse. En argumentar en contra. En proponer en su disenso una tesis diferente que no simplemente aclaratoria si no una separación que posee un criterio que lo separa de la mayoría.

Piénsese aquí de manera cuantitativa lo siguiente: el esfuerzo que supone al ponente de una sentencia que deba ser presentada en Sala de un juez colegiado organizar la estructura de sus argumentos, plasmarlos, ajustarlos a derecho conforme al ordenamiento jurídico que le corresponda, dentro de un caso difícil³⁶. Se supone éste un trabajo intelectual calificado, que requiere un esfuerzo que debe ser bien ponderado, y reconocido pues es él una especie de mayéutica³⁷ jurídica que implica razón y buen juicio. Lo anterior requiere preparación, experiencia y una calificación académica del operador judicial. Sin duda su valor es importante.

³³ Voluntad general.

³⁴ OROZCO CÓRDOBA, Luis. 7 Breves Ensayos de Filosofía Práctica. Tres. Regla de Mayorías en la Institución del Estado Hobbesiano, Ediciones Biblioteca Departamental Rafael Carillo Lúquez, Serie de Filosofía N°. 1, Valledupar, Cesar, 2003, p. 46.

³⁵ HOBBS, Tomás. Leviatán. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, Capítulo XVIII, p. 144.

³⁶ Téngase por caso difícil aquel al que se enfrenta el Hércules de DWORKIN. "HÉRCULES es el personaje central de los casos tratados por DWORKIN a lo largo de toda su obra". El contraste con Herbert- llamado así en alusión expresa a Herbert HART- aparece en Taking Rights Seriously. Cambridge .harvard University Press, 1977, p. 125" (...) "La división entre casos fáciles y difíciles tiene una consecuencia central para la discusión entre HART y DWORKIN". Tomado de RODRÍGUEZ, César. "Teoría Jurídica y Decisión Judicial: El Debate HART -DWORKIN.", en la Decisión Judicial: El Debate HART -DWORKIN. Siglo del Hombre editores. Bogotá. 1997. p.19 y 34.

³⁷ Recuérdense a la Mayéutica de Sócrates como el proceso de dar a luz el conocimiento.

Pero, ahora supóngase, también para medir su valía, cuanto esfuerzo merece contradecir esa ponencia. Me refiero a una contradicción trascendental, que la niegue de rotundo, y la niegue en un pronunciamiento que desarme con argumentos válidos, también de razón, buen juicio y ajustados a Derecho.

Y no es cualquiera el opositor, es un igual, cuya única diferencia es no haber sido seleccionado como ponente del caso difícil que se discute en Sala y que originó su disenso. Es tan magistrado, tanto el uno como el otro, tan calificado el uno como el otro.

Contradecir en un Salvamento de Voto la posición de un ponente que ganó adeptos en su auditorio³⁸, y salió reconocida como la postura mayoritaria y por lo tanto aceptada en consenso, no puede ser tomada como tarea vana y efímera.

El pensamiento disidente debe hacer un doble esfuerzo, primero poder ser aceptado como pensamiento stricto sensu por la opinión publicada, que como hemos dicho forma parte del pensamiento consensual y, en segundo lugar, elaborar teoría crítica y no simple-

mente teoría de demonización: por un lado los buenos y por otro los malos³⁹.

El voto particular o propio implica uno o varios argumentos tan del convencimiento del disidente que los plasma como una oposición que los libera de cierta manera de la coautoría de la sentencia. Y son puestos además al conocimiento público sin recato pues la justicia como tal debe ser abierta y sin tapujos, menos si se consideran los votantes como realmente iguales.

El valor de los Salvamentos de Voto, cualquiera que sea, está en ser una propuesta, una enseñanza de las posibilidades del Derecho y un ejercicio, como ninguno, en que la democracia conserva su carácter impositivo pero a la vez reconoce las voces de quienes no se sienten cobijados por la mayoría. “El disenso enriquece el obrar humano y consolida una sociedad plural, al mismo tiempo que invalida cualquier intento homogeneizador o totalitario”⁴⁰.

Ahora, me gustaría que no se pierda de vista una nueva cuestión: ¿Qué tal que la convergencia argumentativa de los jueces colegiados cambiara y se tuviera en cuenta la disidencia surgida en un Salvamento de Voto que fuera bien valorado posteriormente?

2.5. FUNCIONES DEL SALVAMENTO DE VOTO

El Magistrado de la Corte Constitucional Manuel José Cepeda Espinosa mientras respondía a una pregunta del cuestionario de este trabajo⁴¹ incluyó en su respuesta una interesante enunciación de cuatro funciones a cumplir de los Salvamentos de Votos las mismas son las siguientes:

1. Hace que los críticos más duros de la Corte sean sus propios magistrados.
2. Conduce a que en una sociedad diversa, los que están en desacuerdo con una sentencia de la Corte se-

³⁸ “El concepto básico e la teoría de PERELMAN es el concepto de auditorio (auditoire). El auditorio es el conjunto de aquellos sobre los que quiere influir el orador por medio de su argumentación. (...) La finalidad de toda argumentación es lograr o fortalecer la adhesión del auditorio. (...) El concepto de auditorio contiene sin embargo también la clave para una teoría normativa de la argumentación: El valor de un argumento, según PERELMAN, se determina de acuerdo con el valor del auditorio al que persuade (...). Lo que en PERELMAN es el acuerdo del auditorio universal, es en haberlas el consenso alcanzado bajo condiciones ideales. (...) Quien busca sólo el acuerdo de un auditorio particular, trata de persuadir; quien se esfuerza por lograr el de auditorio universal, quiere convencer. En consecuencia, los argumentos que encuentran el acuerdo del auditorio universal son válidos, mientras que los que sólo son aceptados por un auditorio particular son sólo eficaces. Perelman subraya ciertamente que la frontera entre convencer y persuadir con frecuencia no se puede trazar de una manera clara, y que existe una interrelación entre eficacia y validez.” Citado en ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989, p. 158, 161, 163, 164.

³⁹ BUELA, Alberto. Teoría del Disenso. Pliegos de Pensamiento. Disponible en: <http://www.pliegosdeopinion.net/pdo9/pensamiento9/articulos9/abuela.htm>. Consultado el 17 de abril de 2006.

⁴⁰ BUELA, Alberto. Teoría del Disenso. Pliegos de Pensamiento. Disponible en: <http://www.pliegosdeopinion.net/pdo9/pensamiento9/articulos9/abuela.htm>. Consultado el 17 de abril de 2006.

pan que su punto de vista fue escuchado en la Corte. Y si bien no hay funciones de representación, porque un magistrado no representa a nadie, el efecto que tiene el Salvamento de voto es mostrar que existe un punto de vista minoritario, pero escuchado. Eso es lo importante. Contribuye a la legitimidad de la Corte y de sus sentencias.

3. Lleva a que la Corte adopte decisiones que tienden a ser moderadas. Porque una decisión en el extremo lleva a que aumente el número de Salvamentos de Voto; en cambio una decisión moderada quizás lleva a que haya unanimidad o pocos Salvamentos de Voto.

4. También tiene una función importante en ayudar a construir a futuro variantes de la jurisprudencia para tener en cuenta algún aspecto valioso planteado en el Salvamento de Voto⁴².

5. Incrementa la producción argumentativa de los Magistrados. Enriquece el debate jurídico.

6. Es material de respaldo a los abogados para sustentar sus intervenciones ante la jurisdicción, cuando estos van en su favor y/o se pretende generar un cambio en la doctrina constitucional.

7. Muestra que el Derecho no tiene una única respuesta correcta y que el consenso de todos los magistrados no siempre se logra⁴³. En este sentido legitima la variedad de posiciones interpretativas. La constante unanimidad de un órgano colegial no es creíble y, por tanto, intentar transmitir esa imagen sería pretender mantener una ilusión⁴⁴.

8. Hace que la decisión gane en coherencia al poderse expresar las discrepancias autónomamente, descargando la motivación mayoritaria de compromisos y mediaciones introducidas para integrar las disidencias que pueden complicar la comprensión del razonamiento⁴⁵.

9. Impulsa a la decisión a ganar certeza al estudiarse los asuntos más en profundidad, ya que la mayoría no se establece con la fuerza de los números, sino que es necesario confrontarla con las tesis contrarias que pueden ser hechas también públicas⁴⁶.

10. Da claridad a la decisión, ya que al ser el proceso de decisión más transparente se puede comprender mejor el transcurso argumentativo que ha determinado la ratio decidendi⁴⁷.

11. Profundiza más en la motivación la opinión pública en general, y las partes de un proceso en concreto, tiene más confianza en los jueces, con lo que la decisión gana en autoridad al aparecer como menos arbitrarias⁴⁸.

12. Clarifica, también, el alcance de la decisión por el juego motivación mayoritaria- votos particulares⁴⁹.

13. La introducción de éste llevaría consigo un aumento de la responsabilización de cada magistrado. (...). Con ello se consigue, para los defensores del dissent, un objetivo doble: por un lado, facilitar a los jueces concretos salvar su responsabilidad individual en asuntos políticamente opinables y consecuentemente controlar su actuación; y, por otro, dar un trato igual a los magistrados miembros de órganos colegiados (...), cuya responsabilidad queda clara de cualquier modo al expresar siempre opiniones personales⁵⁰.

⁴¹ ¿Qué valoración le da Usted a la posibilidad de disentir del voto mayoritario?

⁴² Guía las líneas jurisprudenciales futuras y contribuye a la creación de nuevas mayorías. Guía las líneas antijurisprudenciales que hacen que los argumentos disidentes tomen fuerza y se preparen para emerger de su clandestinidad disimulada y renovar desde los Salvamentos de Voto las Sentencias.

⁴³ El consenso no siempre implica, con el sólo hecho de lograrse, que posea la argumentación correcta, y aunque la tuviera, ésta podría ser temporalmente correcta.

⁴⁴ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. El voto particular, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 79.

⁴⁵ El Derecho es una ciencia variable, tiene su propio sistema de ciclos argumentativos, sus temas moda, su formas de innovarse. No se queda inmóvil. Recibe todo tipo de influencias. Se aplica en ponerse al día con los nuevos hechos de la sociedad, también cambiante. Basta ver como el Derecho va cubriendo sus falencias en asuntos como las nuevas tecnologías.

⁴⁶ EZQUIAGA GANUZAS, op. cit., p. 79.

⁴⁷ Ibid, p. 87.

⁴⁸ Ibid, p. 88.

⁴⁹ Ibid, p. 88.

⁵⁰ Ibid, p. 88.

⁵¹ Ibid, p. 88.

⁵² Ibid, pp. 81, 82.

2.6. LA SOLEDAD DEL DISIDENTE

Los Salvamentos de Voto por lo general son de un magistrado, o de varios, pero cada uno con el suyo, más que de un grupo disidente. “Es más de un magistrado su Salvamento de Voto que una Sentencia”⁵¹. Esa “carencia voluntaria o involuntaria de compañía”⁵² es usual en la Corte Constitucional colombiana. Representa una decisión respetable, pero usualmente menoscabada por la argumentación favorecida en el debate y votación de los proyectos de sentencia.

El respeto a esa soledad en la que se queda la posición disidente es un olvido sin reconocimiento al precio que paga el magistrado separado de la mayoría cuando argumenta con suficiencia su oposición al voto coincidente. Ese precio no es otro que un soterrado desprecio a su actuación, que de contera hace que estar del lado de la mayoría sea más fácil y cómodo, menos exigente, menos reprochable. Al contrario estar del lado disidente requiera valentía, seguridad y una concreta argumentación.

⁵¹ “Bueno, yo (Jaime Araújo Rentería) sobre los Salvamentos tengo una cosa clara, que es la siguiente, tal vez lo digo en algún libro mío, por qué yo hago Salvamento de Voto, por una cosa el Salvamento siempre es de uno la sentencia no es de uno. Por qué, porque la sentencia es de la corporación es de los varios Magistrados, y entonces como Usted lo señalaba, a veces muchas tesis de uno se sacrifican, pero el salvamento si es mío, eso si puedo decir yo que es mío, por eso a mí me sorprende cuando algunos ex colegas dicen es que mi sentencia. No, la sentencia fue de la corporación. Lo único que es mío es el salvamento y además cuando lo hago sólo, porque si lo hago con otro ya la mitad es mío, o por lo menos hay una parte que no es mía.” Esta idea es de Jaime Araújo Rentería, Magistrado Corte Constitucional. Expresada en su respuesta N°. 10 de la entrevista concedida para este trabajo.

⁵² Definición del Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición. “Soledad. (Del lat. solitas, -átis). 1. f. (...)”.

No entendió la postura mayoritaria; Esta equivocado pues se quedó sólo con su voto; su interés, político, jurídico, era otro; Desentona en la foto. Esta errado. Su interpretación no es la correcta. Es un “todos contra uno”. Las anteriores expresiones son ejemplo de una especie de discriminación ofensiva e intolerante. Existe tal vez más desde el punto de vista de los observadores, externos a la Corte, que desde los mismos participantes de la discusión. El observador no participante puede olvidar la igualdad que existe entre los votantes. Claro, igualdad, preestablecida y convenida, que no se desequilibra porque alguno de sus magistrados no esté en la mayoría.

Es muy común representar el color negro con lo feo, malévol o negativo, y el blanco con lo puro, cierto o positivo. A propósito están dispuestos los colores en la ilustración anterior. Parecerían irónicamente dispuestos al revés. Pero, ¿Acaso la mayoría debe ser siempre representada por el blanco, y el disidente ad eternitatem por el negro?

La soledad de quien salva el voto no tiene color definido, es una opción buena o mala según quien la califique. Pero puede ser tanto blanca como negra.

Por otra parte, tal vez la representativa cantidad de Salvamentos de Voto de un magistrado pueda describir un carácter, mostrar una actitud, develar un aspecto particular de lo cómo se valora la opción de separarse de la mayoría. La soledad puede convertirse en un tipo de estabilidad, en un estado válido desde una moralidad exigente.

No llegué a la Corte para hacer mayorías, prefiero quedarme solo con mi conciencia a estar con una mayoría contra mis convicciones (...) prefiero la soledad con mi conciencia a la mayoría contra mis convicciones.

No me voy a atener a los fallos de ustedes⁵³; cuando no sean racionales ni tengan fundamento jurídico diré que la Constitución es la misma, pero que los equivocados fueron ustedes los intérpretes. Las anteriores son palabras de la entrevista “No hay choque de tre-

⁵³ “Cuando entré (a la Corte Constitucional) le dije a mi antecesor CARLOS GAVIRIA: (...)”.

nes”⁵⁴ en la que un magistrado de la Corte Constitucional, Jaime Araújo Rentería, expone la manera como asume la soledad en la que le puede dejar su interpretación jurídica.

CONCLUSIONES Y HALLAZGOS

Las teorías del disenso que niega lo establecido y pretende transformaciones de las tesis jurídicas imperantes en un órgano colegiado, es un válido respaldo en punto a equilibrio con las mayorías y al realce de su importancia que se puede calificar de positiva, y no obstructiva o del disenso por el disenso.

Toda posición con una base razonada es defendible y respetable.

El consenso no siempre es perpetuo. Su transformación surge de disensos que promueven nuevos consensos.

A lo que aspira el disidente es que los demás lleguen a un consenso acorde con su disidencia.

El valor de los Salvamentos de Voto está en ser una propuesta, una enseñanza de las posibilidades del Derecho y un ejercicio, como ninguno, en que la democracia conserva su carácter impositivo pero a la vez reconoce las voces de quienes no se sienten cobijados por la mayoría.

El Salvamento de Voto reiterativo construye las líneas antijurisprudenciales. Su principal característica es la capacidad de generar consensos posteriores.

La Renovación de la Jurisprudencia

La manera como la jurisprudencia evoluciona o involuciona, va hacia delante con tesis innovadoras o vuelve a anteriores posturas, implica no sólo la constatación si no también una valoración de la importancia de los cambios en las líneas.

Aquí se han dejado para otra ocasión, otro trabajo, todas las valoraciones personales acerca de las líneas

jurisprudenciales que se revisaron. Entonces lo que se hizo fue comprobar que en las sentencias de determinadas líneas, en cuatro temas (Estado social de derecho, Estados de excepción, Libre desarrollo de la personalidad y autonomía personal, Derecho al mínimo vital), se constata que sí opera la tesis. Los Salvamentos de voto fueron fuente para la renovación de la jurisprudencia.

De esta manera la conclusión se deja con suficiente respaldo. Ello permite hacerla extensiva a todos los temas del derecho que se discuten en los fallos judiciales. Se puede “autorizar”, mejor “aconsejar”, entonces a los jueces a acudir a los Salvamentos de voto para argumentar un fallo posterior. Analizándolo como un precedente no de la convergencia estática que mantendría intacta la línea jurisprudencial, si no como una disidencia que genera renovación, para que empiece a construir una nueva línea, diferente, propia, con respaldo inicial en un Salvamento de voto.

Renovación Horizontal y Vertical⁵⁵

Antes que nada, hay que decir, para dejar claridad del marco funcional donde opera la transformación de la jurisprudencia que éste análisis corresponde a lo que se llamará una revisión de la Renovación Horizontal.

Se propone que se entienda la Renovación Horizontal como aquel plano, que en el caso colombiano corresponde exclusivamente a la Corte Constitucional, en el que los cambios jurisprudenciales ocurren dentro del mismo tribunal, cambiando en su interior sin la influencia de instancias inferiores por ser el único y máximo tribunal constitucional del país al que se le confía la preferencial guarda de la Constitución y su autorizada interpretación. Esto no niega la posibilidad de otras influencias, como la doctrina nacional, los fallos de tribunales de la misma especialidad de otros países, derecho comparado, y mucho menos la alternativa de su propia influencia por medio de la huella dejada en sus precedentes.

La Renovación Horizontal no es la única existente. Que no sea aquí utilizada fue resultado de la demarca-

⁵⁴ RUÍZ, Víctor M. No hay choque de trenes. En: *Lecturas fin de semana*, El Tiempo, Bogotá D.C., (15, jul., 2006); pp. 6-7.

⁵⁵ Este es un tema que se develó en conversaciones sobre el borrador de esta Monografía con el Magistrado Ramiro Pazos del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera. En Bogotá D.C., el 27 de enero de 2006.

ción del objeto de estudio, al escogerse la revisión de las sentencias constitucionales se quedaron por fuera de manera lógica las sentencias de las otras jurisdicciones nacionales, como la Ordinaria y la Contencioso Administrativa. Esto no olvida su importancia, pero sí define un marco de operabilidad preciso.

El otro tipo de Renovación es la Vertical.

Se propone que se entienda por Renovación Vertical como aquella en la que tienen un papel fundamental las instancias de conocimiento de un caso. Es decir, resulta aquí una influencia particular entre lo que falló el juez de primera instancia y el estudio que realiza para su juicio de segunda instancia.

Corte Constitucional... Corte Constitucional...

Renovación Horizontal

Sería arriesgado, pero posible, aventurarse a decir que en la Renovación Vertical el proceso es más palpable y necesita menos transición. Pero también se puede decir que existen cambios jurisprudenciales más abruptos, de una postura a otra opuesta, en la Renovación Horizontal. Ahí hay otro tema para posteriores estudios.

Un ejemplo de un Salvamento de voto que se convirtió en decisión judicial. El caso es del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera y del Consejo de Estado, Magistrado disidente: Ramiro Pazos. Conciliación judicial 2002- 01- 216. Demandante PETISA proyectos internacionales S.A., demandado INVIAS. El argumento del Magistrado disidente fue tomado por el Consejo de Estado para resolver el caso de acuerdo con la tesis del Salvamento de Voto.

La publicidad de los votos disidentes

En el sentido estricto de la norma colombiana a los Salvamentos de Voto se dan a conocer a la sociedad con su publicación compartida con la de la sentencia de la cual hace parte. Las sentencias de Constitucionalidad son de conocimiento público. Noticia oficial de ellas se presenta por medio de los Comunicados de Prensa que realiza la Relatoría de la Corte Constitucional.

Pero el punto para que la publicidad sea una causal no es justamente el antedicho, sino aquel que tiene que ver con la resonancia de los Salvamentos de Voto extraoficial. Es decir, por los medios masivos de comunicación. Ese efecto es importante porque genera recordación nacional.

Basta fijarse en las páginas que ocupó en los periódicos, y cuantos espacios televisivos, tuvieron no solo los temas sino en sí los Salvamentos de Voto para el Referendo, para la Reección Presidencial, y para la Ley de Garantías Electorales.

La relevancia de esta causal se puede ver nítida en un ejemplo de conocimiento internacional y de reciente acaecimiento. Se puede ver el fenómeno de la publicidad de los votos disidentes en el Derecho Canónico, como lo menciona el señor Magistrado de la Corte Constitucional, doctor Jaime Araújo Rentería. Así:

“En Italia el Derecho Canónico influyó tanto que es lo mismo del Papa. Usted no sabe cuantas votaciones, cuantas disidencias hubo en la elección de Benedicto 16, por qué, porque en una parte secreta se queman los votos para que no queden registros, entonces sólo aparece la unanimidad.

Eso tiene ventajas pero también tiene desventajas. Tiene desventajas. ¿Tiene cuál ventaja? la idea de que la gente cree que es monolítica una cosa, cuando no la es. Tiene la desventaja de que como no se conocen las posiciones, pues los estudiosos como Usted no saben después donde mirar pensamientos alternativos, otras posibilidades jurídicas” .

La ventaja que insinúa el Magistrado es un hecho innegable, pero que lo parecería como tal una ventaja. Es un ocultamiento a la razón disidente.

Ese carácter monolítico de un órgano colegiado, es perfectamente adaptable al ámbito judicial. Con lo expresado por el Magistrado se puede ver que ese efecto malicioso ocurre cuando la publicidad de las sentencias no incluye sus Salvamentos de Voto.

Y la desventaja justifica esta causal y la realza. Cuando se publicita la existencia de un buen Salvamento de Voto se amplían las posibilidades de que esos argumentos alternativos sean retomados en algún momento.

Las argumentaciones jurídicas fuertes que atraen al colegiado hacia el consenso

“(…) puede ser que un cierto intérprete o quien tiene a su cargo la responsabilidad de decidir un caso individual considere que una propiedad que no ha sido considerada relevante por la autoridad normativa debe ser tomada como relevante desde cierto punto de vista axiológico”.

Debe entenderse la consideración de una propiedad no en un sentido de predio, posesión o pertenencia, sino en cuanto a las cualidades o atributos propios de la esencia de la norma⁵⁶.

Ejemplo:

Podría pensarse aquí el los problemas que tiene interpretar aquel conocido principio que dice: “todo lo que no está prohibido está permitido”⁵⁷.

Los Salvamentos de Voto como fuente para la renovación de la jurisprudencia

La mejor forma de despetrificar el Derecho es por medio de la renovación de sus fuentes.

Renovar según la fuente que se transforma tiene diferentes efectos. No es lo mismo un cambio de la norma legal que el cambio jurisprudencial. Cada uno con sus requisitos y procedimientos implica procesos de aceptación del cambio.

Pero renovar no es para generar la incertidumbre jurídica con la que muchas veces se quieren teñir las tesis innovadoras. De manera principal la certidumbre es la que hace surgir la necesidad de renovar.

Tan precavido se está de éste carácter que la Ley⁵⁸, y también reiterados pronunciamientos jurisprudenciales⁵⁹, tienen como protección de la estabilidad conservadora del status juris la cláusula en la que el operador jurídico, que propone un status novo, esta obligado a soportar la carga de la argumentación para justificar su disenso que lo aparta de la jurisprudencia.

El cambio jurisprudencial construye precedentes. Y este avanza hacia uno nuevo cuando sigue un camino de depuración que rejuvenece al Derecho, lo hace vigoroso y ágil.

Se antepone a la aceptación del cambio la razón del Derecho puro que hace del abogado amigo de una postura jurídica fundada. Puro por cuanto conserva la esencia litigiosa y practicante de la defensa de su argumento. Abogado que en este lugar no es cualquier sino el que calificamos como Magistrado.

En este sentido, se debe optar con un criterio jurídico-crítico por la interpretación de que todos los fallos que dicta la Corte son razonamientos en derecho, con-

⁵⁶ NAVARRO, Pablo E. Los límites del derecho. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C., 2005, p. 124.

⁵⁷ El tratadista PABLO. E. NAVARRO, en su obra Los límites del derecho, recomienda para una consideración de la ambigüedad de dicho principio, ver ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1974, Cap. VII.

⁵⁸ Ley 169 de 1896, artículo 4º: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

⁵⁹ Ver sentencia C- 831 de 2001. Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil. “(…) declarar exequible el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión (…)”.

dicionados a una estabilidad temporal. Cada Magistrado es distinto, razona distinto y en más de una ocasión encontrará la salida de la Caverna del mito platónico. En ella la sombra puede ser la posición conocida y la que motiva la construcción de la aparente realidad, y la interpretación de las sombras el sendero a una concepción personal de la luz, realidad distinta a la conservada cuando se está sin libertad y de modo tan quieto que sólo se pueda mirar hacia un sentido.

En ese escenario es también cuando la validez de las visiones, de las interpretaciones, corre el riesgo de ser aceptada y vinculante en cuanto a los votos de los Magistrados, o rechazada, en términos platónicos doliéndole los ojos. Entonces que mejor proclama para defender la valía de los Salvamentos de Voto, como posición e interpretación del Derecho, que la que al finalizar el Mito de la Caverna, dice: "(...) toda persona razonable debe recordar que son dos las maneras y dos las causas por las cuales se ofuscan los ojos: al pasar de la luz a la tiniebla y al pasar de la tiniebla a la luz" ⁶⁰.

En consecuencia, se ofuscan los ojos del que cree que su postura es la única y la mejor; pero también cuando se hace necesario un aclimatamiento de las tesis innovadoras, porque cualquier cambio implica un reacomodamiento de las argumentaciones y por supuesto de la pupila.

No queda duda que para concluir algo de los Salvamentos de Voto hay que recordar que: Lo que hoy es, mañana puede dejar de ser.

Y en este sentido, hay que dar las gracias al anónimo a quien busco sin éxito, que se atrevió a profetizar que: Los Salvamentos de Voto de hoy serán la jurisprudencia del mañana⁶¹.

El más reciente uso público de la expresión, en Colombia, lo hizo un Magistrado insigne, también, en cuanto a cantidad de Salvamentos de Voto, Jaime Araújo Rentería. El respondió a un medio escrito, una pregunta que no viene al caso⁶², con los siguientes términos: "No, estoy en minoría, pero mientras esté en la Corte la seguiré defendiendo. Espero que, como en muchas cosas, los salvamentos de votos de hoy sean las sentencias de mañana" ⁶³.

Sin rechazar la expresión para caer en extremos, pero también con probada razón, hay que tener cuando con no festejar el anterior vaticinio amplificando sus beneficios. No sucede con todos los Salvamentos de Voto, aunque sí con muchos.

Los Salvamentos de Voto son el caudal de argumentación más válido para la renovación de la jurisprudencia!

Tan es así que "Su única virtualidad⁶⁴, (...), se deriva de su fuerza argumentativa y de la posibilidad de que en el futuro pueda ser tenido en cuenta, pero sólo en ese momento posterior se convertirá en decisión. Hasta entonces es sólo una opinión minoritaria en el seno de un tribunal" ⁶⁵.

Los Salvamentos de Voto como Fuente Material-Formal del Derecho

No es posible una reflexión en punto al cambio del precedente y la renovación de la jurisprudencia en el que no se abordara el tema de las Fuentes del Derecho; sin verse tentado a observar su relevancia y a medir las consecuencias de ésta simbiosis jurídica. Simbiosis en el sentido de asociación selectiva de sus elementos. En ese universo, no es fácil concluir escribiendo que los Salvamentos de voto no tienen el alcance y la fuerza determinante para que sean enlistados, al lado de las otras Fuentes Formales del Derecho, como una de ellas.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ "Se dice en Colombia que el Salvamento de hoy será la jurisprudencia de mañana. Yo no creo eso. Es exagerado decirlo. Pero sí se puede decir que un Salvamento de voto incide en la evolución de la jurisprudencia. No es irrelevante. Tiene una incidencia. No es que se vuelva la jurisprudencia del mañana necesariamente, pero sí incide". Manuel José Cepeda Espinosa en la entrevista realizada para esta monografía. Puede consultarse completa en el aparte de los anexos.

⁶² ¿Su propuesta de que las sesiones sean públicas es de recibo de sus colegas?

⁶³ RUIZ, Víctor M. No hay choque de trenes. En: *Lecturas fin de semana*, El Tiempo, Bogotá D.C., (15, jul., 2006), p. 7.

⁶⁴ Parece que el autor se refiere no a la cualidad de virtual, sino a una virtud.

⁶⁵ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *El voto particular*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 66.

Las Fuentes Formales del Derecho crean, extinguen, declaran, armazonan el nuevo Derecho de tal manera que son las razones para su reconocimiento y validez, y éste debe ser no sólo universal si no que necesita de un poder vinculante que sea para todos. De esta forma, los Salvamentos de Voto, de por sí, no podrían ser incluidos. Además porque se sabe que la validez de la argumentación de los Salvamentos de Voto no tiene el respaldo del consenso de la mayoría y de allí es de donde justamente surge su invalidez. Fíjese como la aceptación colectiva si es pregonable en las otras Fuentes Formales del Derecho.

Pero, pero, doblemente pero, porque no se puede negar que existen unas posibilidades grandes de cambiar el sistema cuando se considera a los Salvamentos de Voto como parte integral de una sentencia, aunque sea negación de ésta, pues sí tiene aceptación, reconocimiento y validez cuando la sentencia se torna en Jurisprudencia. Y la Jurisprudencia, no hay duda, que es Fuente Formal del Derecho. Ese sería el primer pero. Otra cosa, es que no se puede negar el valor argumentativo y teorizante del Salvamento de Voto, como criterio de autoridad, en este caso autoridad calificada aunque sea disidente. Y por ese lado, el segundo pero, es que puede considerarse a los Salvamentos de Voto como Fuente Material no formal.

Los Salvamentos de Voto son fuente material inspiradora. Sirven como elemento de apoyo a las fuentes principales o formales. Son sustancia argumentativa, materia prima, disponible para futuras ponencias de los magistrados; para los abogados litigantes y para los tratadistas y doctrinantes. En este sentido se puede considerar como un factor que puede determinar el contenido de las normas, mas no como expresión de preceptos vinculantes propiamente dichos.

Los Salvamentos de Voto de la Corte Constitucional son doctrina constitucional con su propio sistema de reiteraciones y precedentes, "(...) doctrina, entendida en su uso habitual en el medio jurídico, o sea las opiniones de los abogados, autores y tratadistas son una fuente material, pero no formal del derecho, al parecer de la Corte Constitucional"⁶⁶.

⁶⁶ FLÓREZ RUIZ, José Rodrigo en: El Sistema de Fuentes en la Constitución Colombiana después de 1991. Biblioteca Jurídica Diké. Primera edición. 2004, p. 63- 64.

No se puede forzar aquí el traspaso de los Salvamentos de Voto de Fuente Material a Formal por su vínculo con la doctrina, por la cara razón de que el disidente se separa temporalmente del órgano de aplicación del cual hace parte.

En el caso de la Corte Constitucional coinciden como Fuentes Formales sus sentencias y su doctrina. Pero cuando el voto se particulariza la investidura de magistrado se transforma, sin perderse, en la de un digno doctrinante.

Ahora, en punto al carácter de esa doctrina constitucional que consta en los Salvamentos de Voto resultaría interesante buscar un acercamiento de ella con la teoría de la doctrina probable.

La Corte Constitucional en la sentencia C-836/01 estableció que la palabra probable hace alusión a un determinado nivel de certeza empírica de la doctrina. En cuanto a ello, no hay duda que el nivel de certeza encuentra respaldo, de una manera directamente proporcional, en los consensos más que en los votos disidentes. Es decir, entre más postura en acuerdo la certeza es mayor. Por esa razón, es justamente la jurisprudencia la "doctrina probable" en el orden jurídico colombiano de hoy⁶⁷, y desde luego, para definirla, se le vincula con las decisiones reiteradas del órgano colegiado. En el caso colombiano, por disposición legal⁶⁸, son tres decisiones uniformes las que constituyen doctrina probable.

Si se avanza, adentrándose en la caracterización de la doctrina probable, va a aparecer la señal de pare en este intento de aproximación entre la doctrina constitucional que se encuentra en los Salvamentos de Voto y la posibilidad de que ésta se asimile al concepto de doctrina probable que se constituye con las decisiones uniformes que conocemos como jurisprudencia.

La Corte Constitucional señala en la sentencia C-836/01:

La fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al

⁶⁷ FLÓREZ RUIZ, José Rodrigo en El Sistema de Fuentes en la Constitución Colombiana después de 1991, Biblioteca Jurídica Diké, primera edición, 2004, p. 66.

⁶⁸ Artículo 4° de la Ley 169 de 1896, declarada constitucionalmente exequible en la sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. (Subrayas son mías)

Las zonas del texto que se han resaltado muestran, en dos de los cuatro puntos, que no está bien señalar a los votos separados de los magistrados como doctrina probable, muy a pesar que en cuanto a probabilidades cuando se sustentó en este trabajo la renovación de la jurisprudencia se encontró que las “probabilidades” de que los Salvamentos de Voto sean la jurisprudencia del futuro sucede en muchos casos.

La primera razón es que los Salvamentos de Voto son del magistrado disidente, no del órgano colegiado⁶⁹; La segunda, es que no hay interpretación decantada de la autoridad judicial sino con la dada por el órgano que la produce de la manera legítima⁷⁰.

Entonces, los Salvamentos de Voto no son Fuentes Formales del Derecho, pero son Fuentes Materiales,

auxiliares, que nutren el sistema y que a la vez hacen parte de la Jurisprudencia y de la Doctrina.

No estaría bien, por tanto, considerar a los Salvamentos de Voto como una fuente autónoma, de iguales cualidades a la Ley, la Costumbre, la Jurisprudencia y la Doctrina. No obstante, esto no le quita valor, ni va en contra de la tesis de que los Salvamentos de Voto son fuente para la renovación de la Jurisprudencia. Son asuntos diferentes, que deben estudiarse juntos, pero que no son insolubles, inseparables. La suerte de uno no es necesariamente la misma que la del otro. Este será el lugar para reiterar que la demostración para los Salvamentos de Voto como fuente para la renovación de la jurisprudencia implica.

BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, Giorgio. *Stato di eccezione. Estado de excepción. Homo sacer, II, I*. Traducción de Flavio Costa e Ivana Costa, Adriana Hidalgo editora S.A., Buenos Aires, 2004.

ALEX, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

ALEX, Robert. BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Traducción e Introducción de Paula Gaido, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Universidad Externado de Colombia, primera edición, enero de 2001, primera reimpresión, febrero de 2005.

ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Bogotá D.C., 1999.

ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

AUSTIN, John. *El objeto de la Jurisprudencia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

AYUSO, Miguel. *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Colección Prudentia

⁶⁹ “El Salvamento siempre es de uno la sentencia no es de uno. Por qué, porque la sentencia es de la corporación es de los varios Magistrados, y entonces como Usted lo señalaba, a veces muchas tesis de uno se sacrifican, pero el salvamento si es mío, eso si puedo decir yo que es mío, por eso a mi me sorprende cuando algunos ex colegas dicen es que mi sentencia. No, la sentencia fue de la corporación. Lo único que es mío es el salvamento y además cuando lo hago sólo, porque si lo hago con otro ya la mitad es mío, o por lo menos hay una parte que no es mía.” El texto que aquí se cita hace parte de las respuestas del Magistrado Jaime Araújo Rentería en la entrevista dispuesta en el aparte correspondiente a los anexos de esta monografía. También se puede consultar allí las entrevistas realizadas a: Manuel José Cepeda Espinosa, Juan Manuel Charry Ureña, Jaime Bernal Cuellar y Carlos Isaac Náder.

⁷⁰ Los Salvamentos de Voto tienen sus propios procedimientos de decantación de sus interpretaciones y argumentos, en las líneas antijurisprudenciales.

Iuris. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001.

BOHÓRQUEZ BOTERO, Luis Fernando y BOHÓRQUEZ BOTERO, Jorge Iván. Diccionario Jurídico Colombiano, Editorial Jurídica Nacional, primera edición, 1998.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho Usual, 18ª edición, Argentina, Editorial Heliasta S. R. L., 1930.

CARNELUTTI, Francesco. Metodología del Derecho. Traducción de Ángel Osorio, Unión Tipográfica Editorial Hispano- Americana, México, 1940.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional, Editorial Legis, primera edición, Bogotá, 2001.

DWORKIN, Ronald. El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Editorial Gedisa, Barcelona, 1988.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. El voto particular, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

FLÓREZ RUÍZ, José Rodrigo en: El Sistema de Fuentes en la Constitución Colombiana después de 1991. Biblioteca Jurídica Díké, primera edición, 2004.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, primera edición, México, 1940.

GARCÍA- PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, Editorial Alianza, España, 1999.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Sentencias. Herejías Constitucionales. Fondo de Cultura Económica, primera edición, Colombia, 2002.

HOBBS, THOMÁS. Leviatán, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

HUERTA OCHOA, Carla Leticia. Conflictos Normativos. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Uni-

versidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México, 2003. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=949>

KANT, Immanuel. Metaphysik der Sitten. La Metafísica de las Costumbres. Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1989.

KELSEN, Hans. Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado Desarrollados con base en la Doctrina de la Proposición Jurídica, Porrúa, México, 1987.

LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Editorial Ariel. Barcelona. 1966.

LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?. Ediciones Universales, Bogotá, 1994.

LINARES QUINTANA, S. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1953.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Presentación. KENNEDY, DUNCAN. Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS). Santafé de Bogotá. Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Ediciones Uniandes. 1999.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los jueces, Editorial Legis, Bogotá, 2000.

—Teoría Impura del Derecho, La transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana, primera edición, Editorial Legis, Colombia, 2004.

MARÍN BOSCH, Miguel. Votos y vetos en la Asamblea General de la Naciones Unidas. Secretaría de Relaciones Exteriores. Fondo de Cultura Económica. México. Segunda edición. 2004.

MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis. FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. Curso de teoría del derecho, Editorial Ariel, segunda edición, Barcelona, 1999.

MARTÍNEZ RUIZ, Roberto. Función de la Jurisprudencia como Fuente del Derecho Positivo. Revista "La Ley", Buenos Aires. Tomo LV.

MUGUERZA, Javier. Ética, Disenso y Derechos Humanos, Editorial Arfes, primera edición, Madrid, 1998.

NAVARRO, Pablo E. Los límites del derecho, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2005.

NIÑO, José Antonio. La Interpretación de las Leyes, Editorial Porrúa, S.A, México, 1971.

OROZCO CÓRDOBA, Luis. 7 Breves Ensayos de Filosofía Práctica. Tres. Regla de Mayorías en la Institución del Estado Hobbesiano, Ediciones Biblioteca Departamental Rafael Carillo Lúquez, Serie de Filosofía N°. 1, Valledupar, Cesar, 2003.

REYES M., Óscar. El Desafío Cínico seguido de El Derecho Civilizador, Ediciones Desde Abajo, primera edición, Bogotá D.C., 2003.

RUBIO CORREA, Marcial. Sobre la importancia de la jurisprudencia en el derecho. Disponible en http://www.amag.edu.pe/Files/Rubio_Sobre%20la%20importancia%20del%20derecho.htm

RUBIO LLORENTE, Francisco. La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 22, enero- abril 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

VELA ANGULO, Ernesto. La Sentencia. Introducción a la crítica de la razón jurídica. La Sentencia y la Ley, Universidad de Nariño, Facultad de derecho, San Juan de Pasto, 1994.

VILA CASADO, Iván. Los límites de la Corte Constitucional, Editorial Legis, primera edición, Colombia, 2005.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, Traducción de Arantxa Azurza, Civitas Ediciones S.L., 1985, primera edición reimpresión, 2001, Madrid.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Il Diritto Mitte, Logge, Diritti, Giustizia. El derecho Dúctil. Traducción Marina Gascón, 5ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2003.