

**EL MÍNIMO ARGUMENTAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL:  
CARACTERIZACIÓN A PARTIR DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR VÍA DE  
HECHO**

**DAVID MODESTO GUETTE HERNANDEZ<sup>1</sup>**

**1. INTRODUCCIÓN**

El 17 de abril de 2013 la Corte Constitucional profirió una sentencia de Tutela en la que ordenó revocar una serie de decisiones proferidas por Jueces que hacían parte de la Jurisdicción laboral. El tema debatido en esa providencia, se circunscribió a la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales del 14%<sup>2</sup>.

La referencia importante a esa decisión, se suscita debido en que el tema abordado por la Corte, constituía alrededor del 90% de los procesos que los Jueces Laborales de Pequeñas Causas fallaban. En ese momento, y aun en la actualidad, de las 30 providencias que deben emitirse mensualmente por esos administradores de justicia, al menos 27 o 28, se referían y se refieren a la prescripción del mencionado incremento.

De inmediato comenzó la avalancha de tutelas, y técnicamente así era, una avalancha. Se interpusieron contra todas las decisiones que declararon prescrito el incremento, y contra todas las que se proferían en el mismo sentido. Se llegó al punto de preparar para cada decisión tomada, una respuesta a la futura acción de tutela que iba a ser impetrada.

Sucedía además, en cuanto al tema, que la Corte Constitucional sostenía un criterio que avalaba la imprescriptibilidad, mientras la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral,

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Libre de Barranquilla, Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros, y Magister en Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla. Candidato a Doctor, becario de la Universidad del Norte de Barranquilla.

<sup>2</sup> ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

que se constituía en el superior jerárquico amén del Juez natural, apoyaba la tesis desarrollada por los Juzgados laborales de pequeñas causas, en el sentido de establecer que el incremento si era susceptible de prescribir.

Pero como la competencia para conocer la acción de tutela contra providencias judiciales, se radica en cualquier Juez, sin importar su especialidad (familia, civil, penal), cada uno desarrollaba una posición distinta; así, unos apoyaban la tesis desarrollada por la Sala Laboral; otros la de Corte Constitucional. Esto generaba que existieran decisiones que fueran revocadas, otras que no. Todo dependía del criterio de quien conociera y decidiera la segunda instancia.

Como si fuera poco, la misma Corte Constitucional divagaba en sus posturas, de suerte que no mantuvo un criterio invertebrado y homogéneo, esto por cuanto, también varió, sosteniendo en unas providencias, que el referido incremento prescribe, en otras que no.

Los Jueces, en ese escenario, debían indagar sobre las condiciones argumentativas mínimas requeridas para que su decisión no fuere revocada mediante acción de tutela. Lo anterior atendiendo a que la acción de tutela es una vía excepcional, que evalúa y sanciona defectos en las decisiones. De ello dependía que la sentencia se mantuviera inmutable, máximo cuando los argumentados presentados para edificar su decisión, eran fundamentados en posturas coherentes con su especialidad, por lo que no podían considerarse arbitrarias.

## **2. LAS DECISIONES CONTROVERTIDAS**

Son 5 las sentencias que ha dictado la Honorable Corte Constitucional sobre el tema. La primera y a la que ya se hizo referencia data del 17 de abril de 2013, radicado con el número T-217 de ese mismo año. Se encuentran además la T-791 de 2013; T-831 de 2014; T-123 de 2015 y T-369 de 2015.

El recorrido que se hará en torno a estas, sirve para mostrar los criterios argumentativos expuestos, más allá, del contenido de la disputa legal que en ellas se aborda (incremento pensional). A su vez, se evidenciará la postura dubitativa del máximo Tribunal en Colombia, para justificar la indeterminación que ello genera en el ejercicio profesional de los jueces.

### **a. Sentencia T-217, 2013**

En ella, la Corte basó su decisión a partir de la existencia de un defecto por desconocimiento del precedente judicial, específicamente en relación con la imprescriptibilidad en materia pensional.

Definió la figura del precedente como *“el conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, el cual debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia, teniendo en cuenta su pertinencia para la resolución de un problema jurídico”*.

Señaló como características que debe tener el precedente para tener un carácter vinculante:

*“ (i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente (T-1317 , 2001); (ii) se trate de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional análoga y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente (T-292, 2006).”*

En resumen, sostuvo *“que el precedente debe ser anterior a la decisión en la que se pretende aplicar y, además, debe presentarse una semejanza de problemas jurídicos, escenarios fácticos y normativos. No podrá predicarse la aplicación de un precedente en ausencia de alguno de estos elementos” (T-441, 2008).*

Luego hizo referencia a las sentencias que en materia constitucional se habían emitido sobre la imprescriptibilidad de los derechos pensionales, haciendo especial énfasis al derecho a la pensión, y que de tal solo se extinguían por la prescripción, las mesadas pensionales.

Se destaca de esta providencia, que aun cuando definió los elementos denotativos del precedente, no referenció ninguna providencia en la que se debatiera la imprescriptibilidad del incremento pensional, sino, de la pensión de vejez. Este aspecto es de vital importancia, por cuanto la razón suficiente que fue esgrimida por los Jueces tutelados, tomó como

basamento, que el incremento pensional no hace parte integrante de la pensión, y por lo tanto, no se cobija de la característica de aquel derecho, conllevando a que prescriba.

Por último, y tomando como consideraciones la imprescriptibilidad del derecho a la pensión, se dejaron sin efecto las sentencias tuteladas, y se ordenó que volvieran a emitirse, teniendo en cuenta que los incrementos reclamados no prescriben.

#### **b. Sentencia T-791, 2013<sup>3</sup>**

Esta decisión al igual que la anterior, realizó un abordaje en torno al desconocimiento del precedente judicial como causal específica de procedencia. Pero a diferencia de la que previamente se aludió, no amparó los derechos fundamentales invocados.

Sostuvo la Corte, que el Tribunal accionado, al proferir la sentencia que puso fin al proceso ordinario adelantado por el actor, no contrarió la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad que han estudiado el tema objeto de controversia, ni tampoco desconoció el alcance del derecho fundamental a la seguridad social fijado por esa Corte a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela.

Para llegar a esa conclusión, hizo referencia a la tesis desarrollada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el mismo tema. Citó la sentencia radicada 27923 del 12 de diciembre de 2007 (27923, 2007), reiterada el 18 de septiembre de 2012, en sentencia radicada 40919 (40919, 2012). En estas el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, sostuvo:

---

<sup>3</sup> En esta providencia se destacan las razones que tuvieron en cuenta los jueces de tutela para negarla. El fallador de primera instancia dispuso que la “tutela contra sentencias judiciales no puede ser medio, ni pretexto, para abolir la independencia del juez, consagrada en el artículo 228 de la Carta Política, sustituyendo al juez natural”

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien fungió como Juez de segunda instancia, confirmó integralmente el fallo recurrido, aduciendo “que el juez constitucional se encuentra impedido para inmiscuirse en la discusión jurídica debatida ante los jueces naturales de la actuación, en particular, al no concurrir quebrantamiento a derechos fundamentales” Así pues, consideró que al interior del trámite de la acción de tutela, al operador jurídico no le es posible habilitar o reabrir la discusión ya finiquitada, pues ello implicaría que la acción de amparo constitucional se convirtiera en una instancia adicional, para desatar inconformidades que se tengan con las tesis planteadas por los jueces ordinarios, escenario este que deslegitimaría el uso y la naturaleza de esta acción.

Por otro lado, en cuanto a la providencia que le puso fin al proceso ordinario laboral, afirmó “que si la determinación no la comparte la parte actora, no significa per se la violación de sus derechos fundamentales, ya que no se advierte que aquella diste de un criterio razonable de interpretación, que se enmarque dentro de una de las causales específicas de procedencia de la acción constitucional en contra de providencias judiciales

*“si bien los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión; no forman parte integrante de ella, ni del estado jurídico de la persona pensionada, no sólo porque así lo consignó la ley, “sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no”, o simplemente extinguirse en el tiempo; requisitos estos, ajenos a las contingencias de invalidez o vejez que busca amparar el derecho a la seguridad social, y sobre las cuales es que se garantiza la prestación pensional (imprescriptible) en aras de salvaguardar el mínimo vital y el auto sostenimiento en condiciones dignas de las personas afectadas por la contingencia de que se trate”.*

Concluyó la Corte Constitucional, que el incremento no es imprescriptible. Esto por tratarse de un derecho patrimonial, que no forma parte integrante de la pensión que recibe el accionante, y por lo tanto, no revestía el cariz de derecho fundamental.

### **c. Sentencia T-831, 2014**

En esta decisión, como nota característica, se hizo referencia a que los requisitos de procedencia específicas de la acción de tutela contra providencias judiciales (defectos), comportaban una violación de la Constitución. A diferencia de las anteriores decisiones, estableció que la causal específica de procedencia se constituía en una violación directa de la Constitución. Definió los supuestos en los que procede y señaló, que se violó el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

A su parecer, ese principio se emplea en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevaleciendo la más favorable al trabajador. Consideró que no le es dable al Juez, interpretar contra del trabajador, esto es, cuando existan dos o más entendimientos posibles, siempre debe preferirse aquel que ostensiblemente lo favorece.

Citó la sentencia T- 350, 2012 para indicar que:

*“Si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, cuentan con un amplio margen de interpretación en las normas laborales, no le es dable hacerlo en contra del trabajador, es decir, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En conclusión, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional”.*

Lo curioso de la decisión, es que antes de asumir su postura, señaló que la interpretación que mejor realiza los derechos fundamentales de los actores es aquella que se aplicó en la sentencia T- 217 de 2013 (ya estudiada). Es curioso, por cuanto en aquella, no se interpretó una norma (en estricto sentido), sino que se hizo un estudio de precedente.

Con base en aquella decisión, dejó sin efecto las sentencias que declararon prescrito el incremento pensional.

#### **d. Sentencia T-123, 2015**

Se estructuró de manera similar a la sentencia T-791 de 2013 (infra. 1.2.). De la misma forma que aquella, hizo un análisis frente al respeto del precedente como causal específica de procedencia. A diferencia de la anterior precisó que:

*“si bien el precedente constitucional tiene la fuerza de establecer interpretaciones que ciñan la aplicación del ordenamiento legal a lo consagrado por la Carta Política, de tal manera que la integridad y supremacía de la Constitución efectivamente se guarde; tampoco se debe perder de vista que, tal y como esta Corporación lo explicó en la sentencia C-836 de 2001, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene fuerza de precedente y es una garantía para que los fallos judiciales estén apoyados en una interpretación uniforme y sólida del ordenamiento jurídico, toda vez que dentro de la jurisdicción ordinaria es donde se establecen las pautas de interpretación y aplicación de la normatividad legal en lo que respecta a los conflictos civiles, laborales y penales”.*

Finalizó confirmando la decisión recurrida, por considerar que no existía precedente violado.

#### **e. Sentencia T-369, 2015**

Estableció como causales específicas de procedencia el desconocimiento del precedente, y la violación de la constitución. Respecto de la primera definió sus elementos, y diferenció el precedente de los órganos de cierre de cada jurisdicción, con el precedente constitucional. Frente a este último señaló que se desconocía cuando:

- (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la

*ratio decidendi* de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente, la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela

En cuanto a la segunda de las causales aplicadas, utilizó los mismos argumentos de la sentencia T-831 de 2014. A diferencia de la anterior, aplicó además del principio de favorabilidad, el principio *pro personae*, el cual es muy similar al primero, y supone que “*aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional*”(T-171, 2009) (C-438, 2013)

Tuteló los derechos fundamentales, y dejó sin efecto aquellas providencias que declararon prescrito el incremento pensional.

### **3. IMPORTANCIA DE LA IDENTIFICACIÓN DEL MÍNIMO ARGUMENTAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL**

En nuestro país desde la constitución de mil ochocientos ochenta y seis (1886), se impuso el deber de motivar las decisiones judiciales, específicamente en su artículo 161<sup>4</sup>, generando con ello una obligación de rango constitucional, la que si bien no fue refrendada en la Carta Política de mil novecientos noventa y uno (1991), sí en varios compendios normativos, tales como la ley estatutaria de administración de justicia<sup>5</sup>, el código de

---

<sup>4</sup> Congreso de la República, Constitución Política (1886), Artículo 161.- Toda sentencia deberá ser motivada.

<sup>5</sup> Artículo 55. ELABORACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales.

La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras:

"Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley"

La pulcritud del lenguaje; la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y Jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios.

procedimiento civil (1970) en su artículo 304<sup>6</sup> y recientemente el código general del proceso (2012) en su artículo 280<sup>7</sup>

Los citados cánones se limitan a determinar el contenido formal de la sentencia, guardando silencio respecto del modelo o método que debe seguirse para construirla. Esa deficiencia, ha sido resuelta aplicando modelos decisionales propuestos por la doctrina, y la escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla,<sup>8</sup> basados principalmente en la utilización de la lógica deductiva, en los que se adviene la decisión a partir de un juicio deductivo que se realiza partir del silogismo jurídico. Esto es resultado además de la herencia positivista de corte romano-germánico, o continental, basado en el *civil law*<sup>9</sup>, propia del sistema jurídico colombiano, en la que la ley es la principal fuente del derecho.

Esa misma herencia positivista, conduce a la existencia de una indeterminación en el derecho, denominada por Hart, (1998) como la textura abierta del lenguaje, la que a su vez, impregnó a la sentencia judicial, generando que al momento de decidir, no pueda resolverse, en la mayoría de los casos a partir de la aplicación un simple juicio lógico deductivo, por ejemplo, cuando existe duda del alcance de la aplicación de la disposición

---

<sup>6</sup> ARTÍCULO 304. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. En la sentencia se hará una síntesis de la demanda y su contestación. La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este Código.

<sup>7</sup> ARTÍCULO 280. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código.

Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación.

<sup>8</sup> En el 2004 se publicó la primera edición de la obra, Estructura de la sentencia judicial, escrita por Edgardo Villamil Portilla. (Villamil Portiulla, 2004)

<sup>9</sup> Véase a Douglas, J (2012), Capítulo 2.



normativa, no existe disposición, o existen varias disposiciones a aplicar<sup>10</sup>; requiriéndose en estos eventos que el operador jurídico cuente con herramientas que le permitan valorar las situaciones fácticas del caso, acudiendo en algunas circunstancias a premisas extra-sistemáticas con el fin de adecuar su decisión a las exigencias de un verdadero estado constitucional de derecho, y es allí donde la teoría de la argumentación jurídica tiene mucho que aportar, toda vez que trabajará en el contexto de justificación y más específico en la justificación externa de las decisiones judiciales.

En ese punto, es donde se pueden percibir algunas dificultades, debido a que la justificación externa no se limita a la aplicación de normas positivas, es decir normas sistemáticas, sino que además como establece Gascón Abellán & García Figueroa, (2005) hace uso de normas de derecho internacional, normas históricas aplicables en virtud de una norma de derecho transitorio, también normas de carácter moral, generando de suyo un amplio espectro de las premisas que pueden ser utilizadas.

El mínimo argumental, es el desarrollo de una propuesta argumentativa, enmarcada en la decisión judicial, que busca fijar criterios de racionalidad práctica, que a su vez se constituyan condiciones mínimas que permitan diferenciar una buena de una mala argumentación, logrando con ello identificar y descartar aquellas que resulten tanto inconvenientes como absurdas.

A su vez, se fija como un test, que sirve para evaluar, a quienes argumentan, beneficiando a los evaluados, a los evaluadores, e incluso a los usuarios de la justicia. El evaluador, tendrá herramientas para evaluar, el evaluado conocerá los criterios con los que se evaluará y ajustará su argumentación a ellos, y el usuario de la justicia se beneficiará al recibir decisiones que a priori, estarán debidamente justificadas, o al menos de las que exista probabilidad de certeza, de estar bien estructuradas por ajustarse a los criterios de evaluación, reduciendo con ello la cantidad de recursos que se pueden interponer.

Esas condiciones mínimas de argumentación, resultan variables conforme al contexto de estudio, y tienen incidencia primordial cuando el evaluador de los argumentos es el juez

---

<sup>10</sup> Estos problemas han sido identificados por McCormick (1978), citado por Atienza, M (2005) como problemas de interpretación y problemas de relevancia, respectivamente.

natural del prevaricato por acción, o un error judicial, o una vía de hecho. En los eventos enunciados, tendrá como debidamente argumentada, aquella decisión que no incurra en deficiencias superlativas, y por lo tanto, se abstendrán de aplicar las consecuencias propias de cada contexto, de tal manera que no se sancionará con prevaricato, ora no se condenará al estado por un error jurisdiccional, o no dejará sin efecto una decisión judicial por vía de hecho, cuando no se incurra en las deficiencias que ellas sancionan.

La importancia de fijar criterios que con base en el mínimo argumental, que permitan evitar que las decisiones judiciales sean modificadas por evaluadores excepcionales, como el juez de tutela, radica en que solo a partir de ellos puede garantizarse la seguridad jurídica y evitar que la inmutabilidad de una sentencia, penda del Juez que la evalúe.

El mínimo argumental que se propone, se constituye en reglas que sean tan claras, que puedan ser entendidas por los jueces, abogados y partes, en tanto expresan, la forma, en cómo deben sustentarse las decisiones; pero a la vez, reglas tan estrictas, que al respetarse, y utilizarse, no pueda connotarse una decisión, como de aquellas viciadas por un defecto superlativo.

Al mostrar las decisiones que se han emitido por la Corte Constitucional, respecto al tema de la prescripción del incremento pensional, se da a conocer lo dubitante de la jurisprudencia al evaluar las argumentaciones. Se vislumbra además, como no existe unicidad, que genere certeza en los jueces al decidir, y definir, la forma en como argumentar.

Mucho más relevante se convierte la empresa iniciada, si se atiende a que cuando se evalúa el prevaricato por acción, que sanciona con privación de la libertad de aquellos Jueces que no argumentan en debida forma, se presentan idénticos inconvenientes.

#### **4. FIJANDO CRITERIOS PARA IDENTIFICAR EL MÍNIMO ARGUMENTAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL PARA QUE NO INCURRA EN UNA VÍA DE HECHO.**

La vía de hecho puede definirse como un defecto en el que incurre un Juez al dictar una providencia judicial. Constituye una deficiencia superlativa, en la medida que es una transgresión ostensible del ordenamiento jurídico que distorsiona el sentido del proceso, y las garantías constitucionales de quienes son afectados por la determinación judicial<sup>11</sup>. Se trata de una decisión grosera, burda, caprichosa y arbitraria.

La sentencia T-1031 de 2001, que reiteró la sentencia T-774 de 2004, señaló que la vía de hecho se genera cuando el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y desborda en su discrecionalidad interpretativa en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad).

Estas deficiencias, (a las que se refiere la jurisprudencia como defectos), se generan cuando el Juez al resolver, se fundamenta en una norma evidentemente inaplicable; se aparta del precedente; no tiene el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; carece de competencia para hacerlo, desconoce las ritualidades propias del proceso que se tramita; decide engañado por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión; y contraviene directamente a la Constitución producto de desbordarse en su discrecionalidad en perjuicio de los derechos fundamentales.

Cuando esto ocurre, se torna procedente el ejercicio de la acción de tutela. Esta medida resulta excepcional, en tanto y en cuanto, solo se posibilitará el estudio de la cuestión propuesta en ella, cuando se reúnan los requisitos generales y al menos, uno de los requisitos específicos de procedencia.

Los primeros, constituyen condicionamientos que deben surtirse de manera previa, y garantizan que no se transgreda la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela. Estos según la sentencia T-125 de 2012, de la Corte Constitucional son:

---

<sup>11</sup> Al respecto consultar la Sentencia T-555, 2009: Corte Constitucional.

a.) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. b.) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable c.) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración d.) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. F.) Que no se trate de sentencias de tutela

Los requisitos específicos por su parte se constituyen en 4 tipos de deficiencias superlativas, y se denominan: (1) defecto sustantivo<sup>12</sup>; (2) defecto fáctico<sup>13</sup>; (3) defecto orgánico<sup>14</sup>; y, (4) defecto procedimental<sup>15</sup>. Se constituyen además en requisitos específicos<sup>16</sup>: 1) El error inducido<sup>17</sup> 2) la Decisión sin motivación<sup>18</sup>, y 3) La violación directa de la Constitución<sup>19</sup>.

Dentro de las causales específicas, (que son las que le interesan a la teoría de la argumentación jurídica), el defecto sustantivo, el defecto fáctico, la decisión sin motivación y la violación directa de la constitución, tienen incidencia en aspectos que atañen a la teoría de la argumentación jurídica, y por lo tanto, su análisis permite constituir el modelo argumentativo que nos ocupa.

## 5. EL DEFECTO SUSTANTIVO

---

<sup>12</sup> Se genera cuando - la decisión impugnada se funde en una norma evidentemente inaplicable

<sup>13</sup> Se genera cuando resulta incuestionable que el juez no tiene el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión

<sup>14</sup> Se genera cuando el funcionario judicial que profirió la decisión carezca, en forma absoluta, de competencia para hacerlo

<sup>15</sup> Se genera cuando el juez haya actuado completamente por fuera de las ritualidades establecidas

<sup>16</sup> Estos fueron contemplados entre otras en sentencia en la T-117 de 2013

<sup>17</sup> Se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales

<sup>18</sup> Tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.

<sup>19</sup> Tiene lugar, entre otros eventos, cuando, amparada en la discrecionalidad interpretativa, la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política.

La citada sentencia T-125 de 2012, establece “*que este se produce cuando la autoridad judicial desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes*”. En el mismo sentido la sentencia SU -817 de 2010 estableció que se genera cuando:

“(i) la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, (ii) cuando la decisión se fundamenta en normas inexistentes o inconstitucionales, (iii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance, es contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada)<sup>20</sup>, (iv) cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática, (v) cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada o (vi) cuando a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó<sup>21,22</sup>.”

De lo anterior se desprende que las causales (i) y (ii), (v) y (vi), se estructuran ante una decisión carente de fundamento jurídico, dictada según el capricho del operador jurídico, desconociendo la ley, y la constitución. Por su parte, el (iii) y el (iv), supedita el defecto sustantivo a una interpretación que obedezca a su simple voluntad o capricho, presentado un desapego interpretativo, que contraviene el principio autonomía e independencia judicial, producto de realizar esa actividad volitiva sin fundamento objetivo y razonable. Además resulta cuando se interpreta una norma en forma incompatible con las circunstancias fácticas, y por tanto, la exégesis dada por el juez resulta a todas luces irrazonable

Una vez se cumplan estos, no es susceptible de ser cuestionada, ni menos aún de ser calificada como una vía de hecho, y por lo tanto, cuando su decisión sea impugnada porque una de las partes no comparte la interpretación por él efectuada a través del mecanismo

---

<sup>20</sup> Sentencia T-462 de 2003.

<sup>21</sup> Sentencias T-765 de 1998, T-001 de 1999, SU-159 de 2002, T-244 de 2007, T-092 de febrero de 2008 y T-310 de 2009.

<sup>22</sup> Sentencia SU-817 de 2010.

extraordinario y excepcional de la tutela, ésta será improcedente. Así se señaló en la sentencia T-567 de 1998.

## **6. DEFECTO FÁCTICO**

Es aquel que surge o se presenta por omisión en el decreto y la práctica de las pruebas; la omisión en el examen del acervo probatorio y el desconocimiento de las reglas de la sana crítica. Se genera cuando el juez, al decidir carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

Se trata de una deficiencia protuberante, y solo procederá la tutela en la medida que *“el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”*<sup>23</sup>.

En cuanto a las deficiencias probatorias que lo componen, la sentencia T-117 de 2013 indicó que estas son:

*“(i) una omisión judicial, como puede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución., o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, y (iii) defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica.”*

La Sentencia T-233 de 2007 por su parte, estableció que el defecto fáctico tiene dos dimensiones, una positiva y otra negativa.

### **a. Dimensión positiva.**

---

<sup>23</sup> Sentencias T-567 de 1998, T-590 de 2009 entre otras.

Se presenta cuando la autoridad aprecia pruebas que no ha debido admitir, por haber sido indebidamente recaudadas, desconociendo de manera directa la Constitución y la Ley. Específicamente se genera cuando incluye y valora una prueba que ha sido incluida al proceso contraviniendo las condiciones particulares y los requisitos sustanciales que previó el legislador para su práctica e incorporación, dependiendo del medio probatorio, y el tipo de juicio, es decir el régimen legal que regula su incorporación (debido proceso). De la misma forma acontece con las pruebas que desconocen y vulneran derechos fundamentales, como sucede con la prueba que se recauda violando el derecho a la intimidad, en este caso será una prueba inconstitucional. Solo se constituirá el defecto cuando la prueba nula sea el único soporte de la decisión asumida.

#### **b. Dimensión negativa.**

La sentencia T-233 de 2007 estableció que se manifiesta cuando el funcionario judicial niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su evaluación, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la apreciación de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. A su vez, cuando no decreta pruebas de oficio.

#### **i. Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso**

Ocurre cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados<sup>24</sup> y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente<sup>25</sup>. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Sentencia T-086 de 2007.

<sup>25</sup> Ver Sentencia T-576 de 1993.

<sup>26</sup> Ver, por ejemplo, la sentencia T-442 de 1994.

Según la sentencia T-1100 de 2008 el supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos:

*“(i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso”.*

#### **ii. Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio**

Se presenta cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente.

#### **iii. Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas.**

Según la sentencia T-267 de 2013, se incurre en ese tipo de defecto, cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual impide una debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.

### **7. DECISIÓN SIN MOTIVACIÓN**



La sentencia T-233 de 2007 precisó que la ausencia de motivación no se estructura ante cualquier divergencia con el razonamiento del juez, sino, únicamente, cuando su argumentación fue decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o inexistente

Para evitar que esta causal se estructure, el Juez debe analizar todos los hechos y asuntos planteados dentro del debate judicial e, inclusive, explicar en forma diáfana, juiciosa y debidamente sustentada, las razones que llevaron al juez para desechar o para aprobar los cargos que fundamenten el caso en concreto.

## 8. VIOLACIÓN CONSTITUCIÓN

Esta causal fue concebida en un principio como un defecto sustantivo, con posterioridad se estableció como una causal independiente, así se estableció en la Sentencia T – 949 de 2003 y T-462 de 2003. En estas la Corte determinó que la violación directa a la Constitución constituía una causal autónoma de procedibilidad de la acción de tutela y que la misma gozaba de un carácter independiente, a pesar de tener relación directa con el defecto sustantivo.

Se genera en aquellos casos en los cuales la decisión del juez se apoya en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución y también cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en un caso en el cual, de no hacerlo, la decisión resulta cercenadora de derechos fundamentales.

En resumen, este defecto se genera cuando deja de aplicar una disposición *ius fundamental* a un caso concreto<sup>27</sup>; o porque (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución<sup>28</sup>

Con relación al primer supuesto, la Corte ha dispuesto que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución cuando (a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación

---

<sup>27</sup> Al respecto, ver Sentencia SU-198 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>28</sup> Al respecto, ver Sentencia T-490 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

inmediata<sup>29</sup> y (c) el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución<sup>30</sup>.

En lo concerniente al segundo caso, la Corte ha establecido que el juez debe tener en cuenta en sus providencias que, con base en el canon 4, la Constitución es norma de normas y que por tal razón, en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad<sup>31</sup>.

## 9. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE

Se predica de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. La estructuración de este defecto, parte de la consideración que sus decisiones son obligatorias tanto en su parte resolutive, como en su *ratio decidendi*.

La sentencia SU-918 de 2013, estableció que se estructura este defecto entre otras hipótesis, cuando:

*“(i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela.”*

A su vez la sentencia T-351 de 2011, señaló los aspectos que deben tenerse en cuenta para establecer cuándo hay un desconocimiento del precedente constitucional. Al respecto preceptuó:

*“(i) Determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas*

---

<sup>29</sup> Al respecto, ver Sentencias T-765 de 1998 y T-001 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández.

<sup>30</sup> Al respecto, ver entre otras, las Sentencia T – 199 de 2005 ,M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-590 de 2009 y SU-198 DE 2013, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, y T-809 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>31</sup> Al respecto, ver Sentencia SU-198 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

*en estos precedentes. (ii) Comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad. (iii) Verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro hómine”.*

## **10. CONDICIONES ARGUMENTATIVAS QUE DEBE CONTENER UNA DECISIÓN JUDICIAL PARA NO INCURRIR EN VÍA DE HECHO.**

Lo primero que debe tenerse en cuenta para construir una decisión que cumplan con las condiciones mínimas requeridas para evitar que sea expulsada del ordenamiento jurídico por una vía de hecho, es que a decisión judicial es para los jueces, un proceso de elección entre alternativas (Taruffo, 2012) (Rodríguez Boente, 2003).

Cuando los jueces resuelven una controversia de su conocimiento, eligen inicialmente entre dos alternativas. Una planteada en la demanda y otra planteada en la contestación de la demanda (código binario). Estas alternativas, representan más que un acto procesal introductorio y su respuesta, una fuente del derecho diversa, o la misma, pero asumida desde distintas interpretaciones.

Es decir, tanto la demanda como en la contestación, se basan en fundamentos de derecho, en los cuales se sustenta su pretensión, y su excepción, imponiéndole al juez, elegir entre una u otra. Suceden otros eventos, en que constituye el mismo fundamento, pero con interpretaciones diferentes, en esos eventos, deberá elegirse la adecuada.

A su vez, puede acontecer, que ni la pretensión, ni la excepción, contengan el fundamento de derecho adecuado, que sirva, o permita dar resolución al litigio. Deberá el juez, buscar una tercera alternativa, en la deba identificar, e interpretar, el fundamento de derecho, y resolver con arreglo a él.

En unos y otros, la decisión judicial se constituye en un conjunto de decisiones, que parten por establecer: (i) si la norma invocada en los fundamentos de derecho, es la adecuada; (ii) si la interpretación suministrada es la adecuada; (iii) si debe asumirse una norma diversa a

la establecida, tanto en la pretensión, como en la excepción, (iv) la interpretación que debe aplicársele al fundamento de derecho elegido por el juez.

Para poder dictar todas estas decisiones, el juez realiza justificaciones internas y externas. El primer evento asume la lógica como herramienta esencial; el segundo constituye una tarea más compleja, y aplica argumentos diversos a los de la lógica deductiva. Desde esta perspectiva, la decisión judicial se constituye por una parte en un acto de elección de fuentes (fundamentos de derecho); y por otra, en un acto de justificación las elecciones, entendidas todas estas, como micro-decisiones, concatenadas de manera que permitan derivar de ellas, la decisión de fondo.

Para un juez, la información se conforma, tanto en fuentes, como en los hechos en que se fundamenta el asunto a resolver. En la primera etapa, los hechos, solo son guías, o referencias, que permiten supeditar el proceso de elección de fuentes, por ello, la tarea esencial se centra en la identificación y elección de fuentes.

La Ley, es la principal fuente formal de Derecho, requiriéndose en primera medida, indagar en ella, para determinar si la invocada es la aplicable, o debe utilizarse otra. Para este propósito Kelsen (2013) y Hart (1998) fijan criterios de validez que vienen dados por su “linaje”. Este constituye el primer filtro para determinar la norma aplicable<sup>32</sup>. Esta etapa resulta importante, en tanto y en cuanto, debe ajustarse a las previsiones señaladas cuando se abordó el defecto sustantivo.

Sucede sin embargo, que la decisión no se desempeña únicamente en el ámbito normativo, pues también entran en juego los principios. Por ello se impone para su comprensión, aplicar las concepciones que sobre la aplicación de estos ha propuesto tanto Dworkin, R (1984) y (2005), Alexy (2008).

Pero además, de normas y principios, existe la jurisprudencia, una tercera fuente, quizás de mayor aplicación por la herencia romano germánica del sistema jurídico colombiano. En

---

<sup>32</sup> Es común en el lenguaje jurídico hacer referencia de manera indistinta, tanto a norma, como a disposición normativa, siendo que realmente se trata de dos categorías distintas, así, la disposición o formulación normativa, se constituye en el mandato positivo contenido en una codificación; la norma por su parte, es la regla, o sub-regla que se plasma a modo de enunciado imperativo, y surge luego de interpretar una o varias disposiciones normativas en conjunto.

este ambito, Viehweg T (2007) aporta con su tópica una herramienta importante. Para este “*La tópica es una ciencia del pensamiento que se orienta hacia el problema*” (Pág. 55). Apunta a un método que se utiliza principalmente en la obtención de premisas, a partir de la problematización. Su función principal, es servir como punto de partida en la construcción del modelo argumentativo planteado, especialmente en ayudar a describir y prescribir, como se aplica y como debería aplicarse la jurisprudencia.

En síntesis el proceso de selección, debe el Juez al tomar cada micro-decisión cuestionarse:

- 1) ¿Cuál es la norma aplicable?
- 2) ¿Si la norma aplicable admite una o varias interpretaciones?
- 3) ¿Cuál interpretación debe elegirse?
- 4) ¿existen precedentes sobre el tema?

En el primer evento existirá un problema de relevancia, el segundo y el tercero un problema de interpretación. Sostiene MacCormick N, (1978) citado por Atienza, M (2003) que existe un problema de relevancia cuando se producen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso; y *de interpretación cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable pero la norma en cuestión admite más de una lectura*”. (Pág. 112). Estos problemas pueden presentarse por exceso, o deficiencia de información. Para Atienza (2003), solo existen estos cuestionamientos cuando existen problemas de interpretación, consideramos, que sucede en ambos eventos. En los problemas de relevancia, existirá exceso de información, cuando haya que elegir entre varias fuentes a aplicar, y que todas sean válidas (validez temporal, validez espacial, validez temporal)<sup>33</sup>. Existirá exceso de información, cuando no

---

33 Estas condiciones de la norma para que obtenga la categoría de validez jurídica, se refieren ciertos ámbitos de validez. El ámbito de validez formal, ámbito de validez material, ámbito de validez temporal, y el ámbito de validez espacial. El ámbito de validez formal, hace referencia, al procedimiento formativo de las leyes. El ámbito de validez material hace referencia, al marco de regulación de la norma, el cual debe acoplarse a la estructura normativa vigente y no debe contravenir, libertades ni derechos reconocidos en su respectivo ámbito de regulación. Entonces a la hora de examinar esta ámbito ha de tenerse en cuenta como primera medida la estructura normativa del sistema jurídico, esto su orden jerárquico. El ámbito de validez temporal, hace referencia al lapso en el cual una norma conserva su vigencia, y por ende, su condición de validez jurídica; así las cosas, una norma puede tener una vigencia indeterminada, es decir que no tienen un plazo preestablecido de duración. O pueden tener una vigencia determinada, esto es que el lapso de vigencia se encuentra preestablecido de ante mano. Güette D. (2008) tesis no publicada. VALIDEZ JURIDICA DE LA

exista norma a elegir. En los problemas de interpretación, existirá insuficiencia de información, cuando la norma aplicable no cubra el caso sometido a discusión; y exceso de información, cuando la norma aplicable puede entenderse de varias maneras que resultan incompatibles.

Pero además de los problemas de relevancia y de interpretación, existen problemas de prueba y de calificación. Sin embargo estos surgen en una etapa diferente que resulta luego de identificada la norma.

Luego de sistematizada la información en el contexto de descubrimiento, sigue la justificación. Para realizarla de la mejor manera debe verse el proceso de decisión, como un proceso de imputación, en el que se asignan consecuencias jurídicas a un sujeto determinado. Este proceso de imputación se realiza en dos niveles, el primero denominado imputación jurídica (*imputatio jure*) y el segundo denominado, imputación fáctica (*imputatio facti*).

En el primer nivel (*imputatio jure*), debe identificarse la norma en forma de enunciado normativo, de suerte que permita o prohíba una conducta, y las condiciones o hipótesis que deben darse en el plano fáctico, para que se aplique la consecuencia jurídica en ella implícita. Esta se constituirá en una premisa normativa. En el segundo nivel de imputación (*imputatio facti*), se establecerán las reglas probatorias a aplicar, dentro de ellas la distribución de las cargas. Los hechos probados a partir de esas reglas se constituirán en una premisa fáctica.

Para cumplir el objeto del primer nivel, se realiza un proceso de justificación externa de la premisa normativa. La justificación externa “*se refiere a que las premisas del argumento sean correctas, verdaderas o sólidas; esto es, el razonamiento ha de estar basado en las premisas adecuadas, y hemos de contar con buenas razones que justifiquen la selección de nuestras premisas en el razonamiento*”. (Martinez Zorrilla, 2010, pág. 30).

Para llevar a cabo este proceso, deben presentarse argumentos, mediante los cuales se explique el proceso mental aplicado para elegir una u otra postura. La tarea del Juez, se ciñe en entregar razones donde de cuenta del proceso de selección de fuentes aplicado, utilizando argumentos y estrategias argumentativas, como herramienta o tamiz, para construir hipótesis de solución. Estas deben contener la información necesaria, para realizar el proceso de subsunción.

Para llevar a cabo el tamizaje, deben presentarse argumentos de coherencia y consistencia. Según MacCormick N, (1978) citado por Atienza, M (2003), una decisión satisface el requisito de consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas, será entonces consistente una determinada interpretación, siempre y cuando sea acorde a los fundamentos de la constitución y con normas de rango superior. La coherencia por su parte atiende a la completitud del derecho. El derecho debe estudiarse como un conjunto, tanto las disposiciones como los principios, e implica que al argumentar se tengan que considerar todos los puntos de vista relevantes.

Además, se utilizarán estrategias argumentativas<sup>34</sup> para seleccionar una de las alternativas posibles, dentro de estas son de vital importancia la reducción al absurdo, que permite descartar interpretaciones posibles, la analogía, utilizando argumentos como el *apari*, el *asimili*, el *afortiori* y a *contrario sensu*, (Perelman, 1989). Otras como mostrar las falacias existentes en la interpretación que se pretende excluir; e inclusive, utilizar criterios normativos de solución de antinomias.<sup>35</sup>

De igual forma se puede aplicar el procedimiento que establece Toulmin, S. (2003). En ese proceso, parte de una pretensión (c), que a su vez es el punto de llegada y constituye el problema sobre el que se va a argumentar. Sobre esta se entregan razones (g) que vendrían a ser los hechos que rigen el caso concreto. Tanto la pretensión como las razones se fundamentan en una garantía, (w) la cual se constituye en un enunciado hipotético de

---

<sup>34</sup> Para Atienza M. (2003) Los argumentos son enunciados empíricos, normativos, que se aducen a favor de otros enunciados. (Pág. 213). A partir de esa denotación, realiza una diferencia con las estrategias argumentativas.

<sup>35</sup> En Colombia, estos se encuentran condensados en su mayoría en la Ley 153 de 1886.

carácter general, y a su vez en una proposición inicial, cuál verdad inequívoca o provisional, igual que un *topos*, que a su vez legitima el paso de la pretensión a las razones. Parte del presupuesto que las garantías provisionales, pueden ser controvertidas, por lo que deben utilizarse matizadores o calificativos modales, y las condiciones de excepción o de refutación, que permiten dar fuerza a las afirmaciones que utilizan las garantías. Los calificativos o matizadores (q) que indican la fuerza conferida por la garantía, y las condiciones de refutación (r), que apuntan a las circunstancias en que la autoridad general de la garantía ha de dejarse a un lado. Además, un respaldo (b) como certezas sin las cuales las propias garantías carecería de autoridad y vigencia.

Por último se apoyará en precedentes, los cuales servirán de respaldo de su conclusión. Nos parece, que el precedente no necesariamente debe proveerse de la Jurisprudencia constitucional. Será válido también, aquel que fije el máximo órgano de cierre de su jurisdicción. Ahora bien, y si existen eventos en los cuales, existan contradicciones en ambos precedentes, bastará con que se entreguen razones para asumir uno u otro.

Una vez construida la hipótesis, o enunciado normativo, que sirva de premisa normativa, debe realizarse el tamizaje de la información, utilizando argumentos, y estrategias argumentativas, inicia el proceso de imputación fáctica (*imputatio facti*). En este determinará a partir de la información obtenida, si existe un problema de prueba o de calificación que permita constatar si se dan o no las hipótesis para aplicar la consecuencia jurídica, y a partir de ellas, llegar a la conclusión, que se constituye en la decisión que será asumida.

El nivel de imputación fáctica es utilizado por el Juez, para definir las reglas probatorias que permitirán identificar la premisa fáctica. En esta etapa, el juez deberá exponer la distribución de las cargas probatorias, señalado si se aplica la regla general según la cual, quien demanda demuestra los fundamentos de hecho de sus pretensiones y quien excepciona, los fundamentos de hecho de estas. A su vez, las reglas de incorporación de la prueba dependiendo del proceso, y el medio probatorio, la manera de valorarla, el valor probatorio que se le asignará, las reglas para resolver objeciones y tachas, si considera que



debe aplicarse una ventaja probatoria a una de las partes, justificarlo, si debe decretar pruebas de oficio, o decretó, explicar las razones, y si excluye o no una prueba.

Aquí también tendrá que proveerse una justificación externa, que además permita superar los problemas advertidos, y a su vez, entregar las razones que muestren el proceso mental utilizado, para definir lo que llama Tarufo, M (2011) como “hecho jurídicamente relevante”. Para llegar a él se requieren estrategias argumentativas, y además aplicar criterios normativos, que establecen las reglas probatorias aplicables de acuerdo al tipo de proceso y a la jurisdicción.

La imputación fáctica, debe asumirse de la misma manera como la jurídica, y apropiar las herramientas de justificación que ésta provee, para fundamentar las micro-decisiones que se asumen en este nivel. Esto resulta importante, debido a que gran parte de las deficiencias superlativas en que incurren los jueces, se generen en este nivel.

Esta razón, a su vez justifica separar la decisión en dos niveles; empero, se diferencian los problemas en que puede incurrir el administrador de justicia, y se presentan soluciones específicas conforme al nivel de estudio. De esta manera, el mínimo argumental se convierte en una teoría argumentativa y procesal, para de esa forma acoplarse de mejor manera a las necesidades de los jueces, los que más que una teoría argumentativa, necesitan de una herramienta para decidir.

De nuevo, esta sistematización, o tamizaje, lo que hace es simplificar la decisión, al punto de poder llegar a una conclusión a partir de un juicio lógico deductivo. Y esto se logrará en la medida que –como se dijo– se defina una premisa normativa que sea planteada en forma de enunciado normativo, el cual es conocido como una sub-regla de derecho, que contenga la información necesaria para dar solución al asunto estudiado. Al final, podrá realizarse una justificación interna de la conclusión, a la cual se llega de un proceso deductivo que parte de la premisa normativa, y la premisa fáctica.

Esta justificación interna según Martínez Zorrilla. (2010) “*hace referencia a la corrección lógico-deductiva del razonamiento; esto es, a que la conclusión se deduzca lógicamente de*

*las premisas. Dicho en otros términos, el argumento está justificado internamente si entre las premisas y la conclusión existe una conexión lógica correcta” (Pág. 29-30).*

Al juez ajustarse a todo el proceso planteada, logrará que su decisión se encuentre debidamente motivada, y por ende, no incurra en una vía de hecho.

## **11. CONCLUSIÓN**

El mínimo argumental, es una condición de la decisión que no evalúa su racionalidad, y se constituye en un modelo argumentativo que al cumplirse impone el respeto por los razonamientos dispuestos en ella.

De lo expuesto resulta que una interpretación se encontrara argumentada de manera razonable, y por lo tanto cumplirá con los condicionamientos argumentativos mínimos cuando:

1. Identifique la sub regla a aplicar. Como se expresó, ella debe determinarse de forma condicional-hipotética, de suerte que plantee las hipótesis para su aplicación y sus consecuencias.
2. Justifique su validez con el sistema, de modo que logre demostrar que no contradice una norma superior.
3. Demuestre como esa interpretación encaja con otros principios que se establecen en el sistema jurídico.
4. Respalde esa interpretación con una decisión que sirva de precedente o antecedente.
5. Identifique el hecho jurídicamente relevante, a partir de la debida valoración probatoria.

Cuando una decisión cumpla con los condicionamientos expuestos, no podrá considerarse que en ella exista un defecto o deficiencia reprochable por vía de tutela, en tanto y en cuanto, debe en esos eventos, respetarse la autonomía del juez, por lo que solo se sancionarán los defectos, entendidos estos como deficiencias superlativas. Así las cosas,

resulta independiente que la interpretación que pueda asumir el órgano encargado del estudio, sea diferente, debido a que el reproche por esta vía no se realiza en torno a la racionalidad del argumento, sino, respecto a la existencia de defectos en su estructuración, por lo que únicamente se evalúa la existencia de un mínimo argumental.

Y la conclusión abordada no varía, por el hecho que exista una sentencia antecedente emanada por la Corte Constitucional, o un precedente, que haya definido una interpretación en condiciones idénticas a la resuelta.

## **12. BIBLIOGRAFÍA**

- Alexy, R. (2008). *El Concepto y la Validez del Derecho*. Argentina: Gedisa.
- Douglas, J. (2012). *La decisión judicial*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Dworkin, R. (2005). *El imperio de la Justicia*. Barcelon: Gedisa.
- Gascón Abellán, M., & García Figueroa, A. (2005). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Guette, D. (2008) *Validez Jurídica De La Ley 497 De 1999: El Caso De Los Jueces De Paz En La Casa De Justicia De Simón Bolívar, Barranquilla* . Documento virtual. En: <http://www.nodocaribe.8m.com/Documentos%20PDF/62.pdf>.
- Hart, H. (1998). *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kelsen, H. (2013). *Teoría pura del derecho*. Bogotá : Geminis.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción de la decisión judicial*. Bogotá: Universidad de los andes.
- Martinez Zorrilla. (2010). *Metodología Jurídica y Argumentación*. Madrid: Marcial Ponds.
- Perelman, C. (1989). *Tratado de la argumentación*. Madrid: Gredos.
- Rodriguez Boente. (2003). *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo. 120.3 de la Constitución Española*. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela.
- Taruffo, M. (2012). *Proceso y decisión*. Madrid: Marcial Ponds.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.

Toulmin, S. (2003). *Los usos de los argumentos*. Barcelona: Ediciones península.

Viehweg T. (2007). *Tópica y jurisprudencia*. Pamplona-España: Arazandi.

Corte Constitucional sentencias: T-576 de 1993,T-442 de 1994,T-567 de 1998,T-765 de 1998,T-001 de 1999,T 555 de 1999,T-1317 de 2001,T-1031 de 2001,SU-159 de 2002, T-949 de 2003, T-462 de 2003,T-462 de 2003,T-774 de 2004,T-490 de 2005,T - 199 de 2005,T-292 de 2006,T-233 de 2007,T-244 de 2007,T-086 de 2007,T-1100 de 2008,T-092 de 2008,T-171 de 2009,T-590 de 2009,T-310 de 2009,T-809 de 2010,T-441 de 2010,SU - 817 de 2010,T-351 de 2011,T-125 de 2012,C-438 de 2013,T-791 de 2013,T-117 de 2013, T-117 de 2013,T-267 de 2013,SU-198 de 2013,SU-918 de 2013, T-217 de 2013,T-831de 2014,T-123 de 2015,T-369 de 2015.

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias: 27923 del 12 de diciembre de 2007, 40919 del 18 de septiembre de 2012