

El estatuto epistemológico de las ciencias sociales: el caso del psicoanálisis. Espejo para el derecho

Laura Quintana¹

Resumen

El artículo tiene por objetivo explorar el estatuto epistemológico de las ciencias sociales. Para ello, se analiza el concepto de ciencia, los postulados del positivismo y las críticas sobre la concepción empirista y positivista de la ciencia. Se adopta un concepto de la ciencia como prácticas sociales institucionalizadas, reconocidas como científicas por los propios miembros de la comunidad disciplinaria, que implica una ruptura epistemológica con conocimientos anteriores y la vigilancia epistemológica continua. Como estudio de caso, se toma el psicoanálisis, dado que al igual que el derecho su carácter científico ha sido objeto de cuestionamientos. Se concluye que el psicoanálisis es una ciencia social, pues comparte con estas ciencias las prácticas sociales institucionalizadas que caracterizan a toda actividad científica.

Palabras clave: epistemología; ciencia; ciencias sociales; positivismo.

Introducción

La discusión sobre el carácter científico de las ciencias sociales, tales como el derecho, se remonta prácticamente a los orígenes mismos de estas disciplinas. En este artículo se partirá de la exploración de los principios básicos de la epistemología y sus desarrollos más recientes para analizar el carácter científico de las ciencias sociales en general. Y en particular, se tomará como estudio de caso el psicoanálisis, dado que los cuestionamientos que ha recibido son paralelos a los que ha recibido el derecho y permitirá echar luz sobre el estatuto científico del derecho y de las demás ciencias sociales.

¹ Universidad del Aconcagua.

Epistemología: ciencias y positivismo

La epistemología, o la teoría del conocimiento, se ocupa de examinar cómo sabemos lo que sabemos, qué justifica que creamos lo que creemos y qué estándares de evidencia debemos usar para buscar verdades sobre el mundo y la experiencia humana (Audi, 2010). En otras palabras, la epistemología nos ayuda a desarrollar una concepción de cómo se construye el conocimiento dentro de la ciencia (Russ, 2014). En un nivel mayor de abstracción, tradicionalmente la epistemología ha desempeñado el papel de juez externo para juzgar qué constituye ciencia y qué no (Follari, 2007).

El origen de la epistemología se remonta a la Grecia Antigua, pero adquiere mayor peso en la filosofía moderna con Descartes (1984). Para éste, el tema del conocimiento es propio de la filosofía. En un principio todo era filosofía y religión, luego la ciencia se separa de la primera. Es Galileo quien contribuye a independizar a la física y astronomía de la filosofía. De este modo, la ciencia moderna desafía la autoridad tanto de la filosofía aristotélica como de la religión.

Ha sido el positivismo quien le otorgó un lugar a la ciencia y se constituyó como importante centinela para tutelar la cuestión de la razón. Según Weber (2012), la racionalización del mundo dependía de la ciencia.² Esta corriente intentaba oponerse a la especulación anterior al siglo XX y a las creencias religiosas. Intenta furiosamente diferenciarse del idealismo, donde se ubicaba el acento en las ideas. Para Descartes (1984), los sentidos podían engañar.

Entre los exponentes más destacados encontramos a los empiristas ingleses Locke (1996) y Hume (2019), entre otros. Ellos sostenían que todo conocimiento se derivaba de los hechos cuya fuente era lo sensorial. Por lo tanto, los hechos eran anteriores a la teoría. El positivismo suponía que la ciencia empezaba con los datos, con la observación y utilizaba la inducción: se partía de lo particular y luego se establecía generalizaciones. El dato tenía la particularidad de ser neutro y el observador también, quien no poseía valores y realizaba una constatación pura de los hechos. El método a utilizar era único y debía ser experimental. Por este motivo los positivistas ubicaban aquello que no era experimental fuera de la ciencia. Solo ella producía teorías verdaderas siempre y cuando lograra sortear una cierta cantidad de pruebas experimentales (pero frente a una contradicción la teoría quedaba invalidada). El progreso de la ciencia se suponía gradual ascendente, pues la nueva teoría se sumaba a la anterior y lograba complejizarla. Esto permitiría una evolución sin pérdida (Quintana y Hermida, 2020).

Chalmers (2015) sintetiza muy precisamente los enunciados positivistas (quizás algo ingenuos):

Cuando se afirma que la ciencia es especial porque se basa en los hechos, se supone que los hechos son afirmaciones acerca del mundo que pueden ser verificados directamente por un uso cuidadoso y desprejuiciado de los sentidos. La ciencia ha de basarse en lo que podemos ver, oír y tocar, no en opiniones personales ni en la imaginación especulativa. Si se lleva a cabo la observación del mundo de un modo cuidadoso y desprejuiciado, los hechos establecidos de tal manera constituirán una base segura y objetiva de la ciencia.

² Nadie podría negar que la ciencia y la tecnología han favorecido la racionalización del mundo.

Si, además, es correcto el razonamiento que nos conduce desde esta base fáctica a las leyes y teorías que forman el conocimiento científico, podrá suponerse que el propio conocimiento científico resultante está establecido con seguridad y es objetivo.

En la era posmoderna de pluralismo cultural, la epistemología ha abandonado su rol de juez externo sobre lo que constituye o no actividad científica para adoptar un rol de acompañamiento reflexivo acerca de la producción del conocimiento al interior de cada disciplina (Follari, 2007). La reflexión epistemológica no implica un análisis a priori y general, sino que requiere un ejercicio reflexivo ligado a los desarrollos concretos de la investigación (Follari, 2007). En igual sentido, este proceso de reflexión epistemológica analiza también las diferentes formas en que los sujetos y los investigadores tienen de aprehender y comunicar el conocimiento (Guber, 2011).

Consideraciones críticas al positivismo

Luego de la hegemonía del positivismo en la ciencia y en las consideraciones epistemológicas, una oleada crítica se enfrentó contra los postulados del positivismo (Mac Lane, 1938). Quine (1959) desmanteló los fundamentos del empirismo y positivismo, demostrando que los pilares fundamentales en los que ambos se apoyan no tienen justificación o sustento lógico. Es decir, por un lado, no hay una definición o criterio de analiticidad (la dicotomía entre verdades analíticas y sintéticas) que sea válida universalmente y que pueda explicarse sin recurrir a la propia analiticidad. Por el otro, el reduccionismo, es decir, la creencia de que para cada enunciado significativo existe un conjunto de experiencias que confirmarían o refutarían la veracidad de tal enunciado, depende del primer dogma y, por ende, también carece de sustento lógico.

A su vez, Gramsci (1975) destaca los límites del conocimiento científico y argumenta que no se puede realizar una generalización del enfoque científico. Además, reivindica la dignidad y la autonomía metodológica de cada una de las disciplinas al sostener que todo proyecto de investigación tiene su propio método específico y construye su propia ciencia específica. Follari (2012) sostiene que el conocimiento científico es una "construcción", por lo cual nunca se referiría a la constatación de algo previo. Aunque la ciencia mira los objetos desde una lente particular, los científicos creen trabajar con la realidad en vivo y en directo. La observación no es neutral ni objetiva pues cada quien porta supuestos previos. El científico también está condicionado por la sociedad a la cual pertenece y las relaciones de poder existentes en su contexto histórico. Entonces la base observable de la ciencia no es tan segura e insípida. Por otro lado, como la cantidad de hechos observables siempre constituirán una base finita, las leyes científicas serán inductivas. Entonces, el método científico no garantiza conclusiones verdaderas. Según Follari (2012), no existe método científico único pues éste depende del objeto y es variable. Sí debe pretenderse rigurosidad metódica, coherencia interna, teorías públicamente expuestas y constatación empírica. De la misma manera, Gramsci (1975) sostiene que cada

proyecto de investigación elabora su propio método y su propia ciencia, los que conforman un todo con la investigación. Por su parte, Bachelard (2002) argumenta que habría una ruptura entre el conocimiento sensible y el conocimiento objetivo.

Siguiendo este hilo de pensamiento, Braunstein (2013) lo ejemplifica con la ruptura epistemológica de Copérnico, quien en definitiva no vio con los ojos los movimientos de los astros y logró separarse de la fascinación que brinda la experiencia concreta de los movimientos aparentes. El conocimiento científico se produce a partir de la crítica de las apariencias. Este autor también retoma a Althusser, quien afirma que la ciencia es ciencia de una ideología a la cual critica. Entonces, para que surja un conocimiento científico siempre es necesario que previamente haya existido una ideología a la cual criticar. Toda ciencia intenta desalojar a una ideología que tenía vigencia, produciéndose así una ruptura epistemológica (al decir de Bachelard). La ideología es concebida como un saber pre-científico que se entrama con el poder. Por ejemplo, las teorías de Darwin y Copérnico modificaban el lugar del hombre en el universo y ponían en tela de juicio las estructuras de dominación. Si el hombre era pariente de los animales y la Tierra no era el centro de la Tierra, la naturaleza divina y sus instituciones se cuestionarían. Dice a propósito de todo esto Braunstein (2013):

La ideología que opera a partir de las evidencias aportadas por los sentidos se opone al surgimiento de las ciencias que dan cuenta cómo se producen las apariencias y cuál es la oculta estructura de lo real [...] la ciencia debe chocar con la violencia despiadada de las estructuras de poder cuando sus elaboraciones afectan directa o indirectamente a la representación del lugar que los hombres, los agentes del proceso de trabajo, ocupan en el mundo social.

El concepto de paradigma científico

Kuhn (2012) desafió la concepción empirista de la ciencia basada en una concepción de avance acumulativo, argumentando que la ciencia no evoluciona gradualmente hacia la verdad, sino que se agrupa alrededor de un paradigma que permanece constante hasta que las teorías actuales dejan de poder explicar algún fenómeno y se propone una nueva teoría. Kuhn plantea que el avance de la ciencia supone rupturas de estos viejos paradigmas. Un paradigma podría definirse como un conjunto de elementos conceptuales y metodológicos de ciertos temas relevantes y tipos de probanza para una ciencia dada en un momento histórico dado. Es la matriz de funcionamiento de una ciencia, por esto será más que una teoría. Es la óptica desde donde el científico observa el mundo, pero esto se encuentra oculto para él, funciona al modo de una *gestalt*. El paradigma supone un acuerdo en el seno de la comunidad científica: lenguajes, supuestos y prácticas compartidas. Entonces el paradigma está constituido por supuestos teóricos generales, leyes y técnicas que adoptan los miembros de una determinada comunidad científica, quienes naturalizan cierta mirada. El paradigma establece las normas necesarias para legitimar el trabajo dentro de la ciencia que rige, con leyes explícitamente

establecidas y supuestos teóricos. El paradigma guía la investigación y la interpretación de los fenómenos observables, les presenta problemas y métodos para su solución. Supone los acuerdos de la ciencia normal y madura. Cada paradigma pensará que el mundo está constituido por distintos tipos de cosas, cada paradigma ve un aspecto distinto del mundo. Por lo tanto, los paradigmas rivales viven en mundos diferentes, con *gestalt* diferentes. En definitiva, hablamos de un determinado marco conceptual a través del cual se ve el mundo.³

Hay períodos de ciencia normal que permiten el desarrollo científico. Una crisis paradigmática supondrá cierta lucha entre paradigmas hasta que se instala un nuevo paradigma y con él una novata normalidad. El nuevo paradigma será diferente del viejo e incompatible con él. ¿Cómo un paradigma puede reemplazar al anterior? Kuhn (2012) apela a la autoridad de la comunidad científica: no hay norma más alta que la aceptación por la propia comunidad relevante. El progreso de la ciencia aquí no será acumulativo, si bien el nuevo paradigma posee respuestas mejores que el reemplazado (para el positivismo la nueva teoría anula la anterior y la supera). Pero no habría argumento lógico que pueda decir que un paradigma es superior a otro. Para Kuhn, el cambio de paradigma científico se debe a cuestiones psicológicas y sociológicas.

Respecto de las ciencias sociales, para este autor son pre-paradigmáticas, al modo de una pre-ciencia, debido a una falta de acuerdo general sobre los aspectos centrales que hacen al paradigma. Por esto, se podría hablar sobre la inexistencia de paradigmas en las ciencias sociales (¿faltas de desarrollo?). En las ciencias sociales no habría una naturalización de la mirada. Por ejemplo, para Kuhn (2012) en la filosofía, y no en la ciencia, se observa una crítica constante de sus fundamentos. Follari (2007) sostiene que en las ciencias sociales no se daría tal acuerdo, habiendo corrientes alternativas y diferencias permanentemente. Él sostiene que las escuelas rivalizan el dominio del mismo campo. Entonces, como no existe conocimiento aceptado en común, no habría paradigmas en las ciencias sociales, por eso las denomina “a-paradigmáticas”.

Bachelard

Enrolado en la escuela francesa de epistemología, Bachelard (2002) aboga por la reflexión sobre los obstáculos epistemológicos, es decir, estructuras no pensadas o inconscientes que el investigador ha internalizado y que vuelca en el trabajo de investigación, tales como los obstáculos relacionados con la observación, con el conocimiento previo, así como las generalizaciones y los obstáculos verbales, entre otros.

Bachelard (2002) también critica al empirismo ingenuo y sostiene que la ciencia no surge de los datos o de la observación sino de abstracciones. Así, la ciencia no es observación sino la aplicación de

³ ¿Habría Lacan aquí del fantasma?

modelos de pensamiento previos sobre aquello que observamos. La ciencia se construye en contra de la observación, contra la apariencia. Opone así la observación, el sentido común a la abstracción, que logra ubicarse fuera del mundo de las apariencias. Para él no existiría un solo método científico sino varios. Habría entonces un pluralismo metodológico, pues cada ciencia posee su teoría, objeto y método propio. En esta sintonía, Samaja (2005) postula que no puede existir una observación pura, pues anteriormente debería haber una hipótesis. Tampoco podemos afirmar la existencia de una regularidad empírica sin una búsqueda implícita de casos. Braustein acerca sus posiciones a Bachelard (2002). Frente a la pregunta “¿cómo se constituye una ciencia?”, Braunstein (2013) responde que ella se opone y desenmascara las engañosas apariencias que ofrecen los sentidos y también la ideología preexistente. La ruptura epistemológica permite pasar del saber emanado por los sentidos al conocimiento racional y objetivo de las ciencias.

Estatuto epistemológico de las ciencias sociales

Las ciencias sociales irrumpen en el mundo científico a fines del siglo XIX y comienzos del XX en Europa de la mano de grandes pensadores tales como Marx, Adam Smith, Montesquieu, Comte y Ricardo (Manicas, 1991). Estas ciencias crecieron hasta convertirse en disciplinas autónomas con las primeras publicaciones académicas de ciencias sociales y la enseñanza e investigación en las universidades europeas (Martinotti, 2008).

Para esta época en que las ciencias naturales ya se encontraban consolidadas. Nadie podría negar que el método científico de la física fuera exitoso. Por ello, luego, se intenta transpoliar éste a otros campos. Casi con un complejo de inferioridad las ciencias sociales pretendieron copiar a las físico-naturales y aplicar un monismo metodológico, cuestión que muchas veces arroja a las ciencias sociales fuera del campo científico (Machlup, 1961).

Cierto es que el tema de los valores se encuentra más presente en las ciencias sociales, además de una menor distancia entre el investigador y el objeto. Pero desde la óptica positivista, las ciencias sociales solamente deberían ser denominadas sociales a secas.

Chalmers (2015) sostiene en su libro *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?* la imposibilidad de una explicación universal de la ciencia que sea capaz de ofrecer normas para juzgarlas. La explicación adecuada de las diversas ciencias solo puede obtenerse mediante la mirada atenta de la propia ciencia en cuestión. Es interesante su idea sobre el aprendizaje de los errores en la ciencia. Así diferencia claramente la astronomía de la astrología, pues la primera es capaz de aprender de sus errores.

Sobre esta línea de pensamiento Follari (2007) afirma:

Las ciencias sociales no son exactas, si hay en ellas puntos de vista teóricos diversos, o si no están taxativamente comprobadas, todo esto afecta también a las ciencias físico-naturales. En todo caso, la diferencia es solo cuestión de grado, en tanto estas últimas refieren mayoritariamente a hechos repetibles, y tienen un

más largo desarrollo histórico. Pero no existe la supuesta clara oposición entre ciencias “objetivas” y otras que no lo fueran.

Entonces, a nivel del objeto unas son naturales y otras sociales, pero ambas son un producto social. Este punto es negado por las ciencias físico-naturales pues tienen la certeza de acceder directamente a la realidad. Recordemos además que los temas de investigación están determinados por la financiación y el poder de turno. Así, toda ciencia es un hacer social, generalmente ligada al poder político.

Follari (2007) propone un criterio pragmático para la validación de la ciencia: la propia autolegitimación, sin tribunales exteriores. De este modo, las cualidades que especifican a las ciencias no son cognitivas sino institucionales. Si la disciplina mantiene modos de exposición sometidos al control intersubjetivo (por ejemplo, congresos y conferencias) por medio de los comités de evaluación, publicación de estos artículos, publicidad de los resultados, enseñanza en universidades, tradiciones de investigación, revistas, etcétera, estará autolegitimada como ciencia. Entonces, una ciencia es tal si alcanza a ser reconocida por la comunidad que la practica. Pero para Follari (2007) también se requiere que sea reconocida por otras comunidades científicas.

Laudan (1978) se constituye como un autor más radical en este sentido, para él no habría directamente criterios que permitan una diferenciación taxativa para distinguir la ciencia de la pseudociencia como tampoco existen criterios para diferenciar entre lo que Lakatos denomina ciencia madura y ciencia inmadura y lo que Kuhn denomina ciencia pre-paradigmática y post-paradigmática. Para Laudan, no es posible encontrar ningún ejemplo concreto de ciencia madura a lo largo de la historia. Sostiene, además, que si existiera algún ejemplo no existe fundamento alguno para concluir que la ciencia madura es más progresiva o más científica que la inmadura (Quintana y Hermida, 2019).

Consideramos entonces que, como mínimo, habría cierta ingenuidad en considerar a las ciencias físico-naturales como objetivas, lideradas por un observador neutro que recoge datos impolutos de la florida realidad, los coloca en un cesto y luego, gracias a la inducción, crecen las floridas teorías. Desde esta lectura se negaría la nominación de ciencia para las disciplinas sociales. Bassi (2014) entiende que las ciencias naturales parecen haberse ganado un premio: no obligarse a brindar explicaciones por sus supuestos. Por el contrario, las ciencias sociales deben brindar explicaciones todo el tiempo. Pero diferentes autores no comulgan con este reduccionismo, pues toda ciencia es finalmente un producto social, tomada también por las relaciones de poder.

La relación entre el psicoanálisis y las ciencias duras

Antes de plantear esta discusión cabe puntualizar la importancia del contexto sociohistórico al analizar cualquier producción teórica, dado que “la investigación científica es una práctica social anclada en un determinado contexto sociohistórico” (Sirvent, 2006).

En este punto contradecimos en parte a Freud, pues él supone al psicoanálisis formando parte de

las ciencias de la naturaleza. En la Conferencia 35, “En torno de una cosmovisión”, aclara que el psicoanálisis no es una *Weltanschauung*, no puede formar una cosmovisión porque él forma parte de la ciencia, adhiriendo así a la cosmovisión científica (Freud, 1932). Posee el psicoanálisis, dice Assoun, una visión de mundo fundada en la ciencia. Entonces, Freud no escoge a la ciencia de la naturaleza en contra de la ciencia del espíritu, para él la alternativa no existía. Tratándose de la científicidad no se puede hablar más que de la ciencia de la naturaleza. Así, tal como lo plantea Assoun (2003), en la base de la epistemología freudiana existe un monismo³ radical (Quintana, 2012). Freud estaba empapado de científicismo, por lo cual pretendía incorporar al psicoanálisis a las ciencias, no había otra opción. Confiaba profundamente en el progreso de las ciencias. Es más, creía que la biología colaboraría en un futuro a despejar los problemas irresueltos del psicoanálisis. De hecho, uno de sus primeros textos lo denominó “Proyecto de psicología para neurólogos”. Quizás, como todo hombre de ciencia, ella era su religión. Según Brauntein (2013), el psicoanálisis no quedaría incluido como un aspecto de la biología, pues posee un objeto de conocimiento diferente, el aparato psíquico no posee realidad anatómica. Pero el psicoanálisis no ignora la biología ni se opone a ella, pues no podría constituirse el aparato psíquico sin el organismo biológico. Piaget (2018) lo plantea como ciencia social bisagra (parte fisiológica y parte social).

En el transcurso de sus estudios médicos, Freud se forma bajo la escuela de Helmholtz. Ella había sido creada por Hermann von Helmholtz, físico y médico alemán quien a mediados del siglo XIX contribuyó como fisiólogo a la creación de la psicología experimental, siendo Wundt uno de sus más destacados discípulos (Quintana, 2012). Bercherie (1986) sostiene que el modelo psico-fisiológico que proponían se encuadraba en una psicología positiva. Todo hecho psíquico era al mismo tiempo un hecho físico y nervioso. Suponían una identidad entre lo psíquico y lo corporal. Se trataba de una escuela reduccionista pues lo psicológico se resolvía en lo fisiológico y éste en lo físicoquímico: todo se reducía así a fuerza y materia. Brücke fue quien popularizó en Viena esta nueva orientación y no es un dato menor recordar que Freud realiza en el laboratorio de este último sus primeras investigaciones sobre fisiología (Quintana, 2012). Para este científico, la fisiología era una extensión de la física, entonces el fisiólogo era un físico de los organismos. Es sobre el modo de la física que pensaba a los cuerpos en términos de proyección espacial, de despliegue de fuerzas y producción de cantidades. Este modelo puede observarse en varios trabajos freudianos. En el texto 1895, Freud expresa directamente este monismo:

El propósito de este proyecto es brindar una psicología de ciencia natural, a saber, presentar procesos psíquicos como estados cuantitativamente comandados de unas partes materiales comprobables, y hacerlo de modo que esos procesos se vuelvan intuitivos y exentos de contradicción. El proyecto contiene dos ideas rectoras: 1) concebir lo que diferencia la actividad del reposo como una Q^4 sometida a la ley general del movimiento, y
2) suponer como partículas materiales las neuronas (Freud, 1895).

⁴ En la vereda de enfrente estaría el dualismo al suponer la existencia de dos principios contrarios: espíritu y cuerpo.

Además, podemos ilustrar este tema a partir del texto *Las neuropsicosis de defensa* (Freud, 1894). Hacia 1894, Freud concebía un aparato psíquico conformado por representaciones y cantidades que circulaban por las mismas (en este texto Freud ensaya una primera explicación metapsicológica de las psiconeurosis). El desarrollo de la noción de defensa (que anticipaba la producción del inconsciente) se apoya en una hipótesis auxiliar, expresada en una metáfora eléctrica:

En las funciones psíquicas cabe distinguir algo (monto de afecto, suma de excitación) que tiene todas las propiedades de una cantidad (aunque no poseamos medio alguno para medirla); algo que es susceptible de aumento, disminución, desplazamiento y descarga, y se difunde por las huellas mnémicas de las representaciones como lo haría una carga eléctrica por la superficie de los cuerpos (Freud, 1894).

Así observamos cómo Freud habla de cantidades, nombrándolas indistintamente como monto de afecto o suma de excitación, comparándola con un fluido eléctrico que recorre los cuerpos (Quintana, 2012). Freud parece describirlo sucedido en el psiquismo al modo de un físico, pero muy particular, pues él mismo nos revela que no posee medio para la medición de las mencionadas cantidades y la física considera tan solo los atributos capaces de medida. Entonces, si bien Freud utiliza los modelos y terminología que se encontraban en su contexto epistémico, su descubrimiento otorga a todo esto una nueva traducción y de ese modo se incorpora en el corpus teórico freudiano. No existe traducción sin pérdida ni modificación. Por otro lado, en muchos pasajes de su obra, Freud (1900) afirma que la naturaleza estaría perdida doblemente. En 1900 sostiene que la satisfacción de la necesidad quedará perdida irremediablemente luego de la vivencia de satisfacción. A partir de este punto el aparato no podrá hacer otra cosa que desear, intentando reanimar alucinatoriamente esa primera huella que produjo placer. En segunda medida, cuando Freud define en la metapsicología de 1915 a la pulsión, supone a un sujeto sin instinto. Respecto al cuerpo anatómico, en realidad para el psicoanálisis el cuerpo es un cuerpo representado. Más que un cuerpo, dice Freud (1923) en *El yo y el ello*, es la representación de un cuerpo. Freud toma de Charcot el peso del lenguaje sobre el cuerpo y esto empieza a permitir la explicación de los fenómenos psicopatológicos, realizando una analogía entre la histeria traumática y la no traumática. El origen de las parálisis histéricas se debía más que al golpe previo a una sugestión verbal. En el famoso ejemplo del madero que cae sobre el brazo de un obrero y ocasiona una parálisis histérica tiempo después, debemos resaltar más que el golpe la representación que derivó del golpe: "Me rompí un brazo". Aparece entonces el síntoma como referencia simbólica. Entonces, más que un cuerpo biológico se presenta la representación del cuerpo. Quizás Freud no tenía clara dimensión de su importante descubrimiento para con las ciencias sociales.

Las falacias del método científico

El llamado método científico de las ciencias naturales no es un método uniforme y ni siquiera es

practicado tal como los científicos tanto de las ciencias duras como de las ciencias sociales alegan hacerlo (Hermida, 2021). Como sostiene Chalmers (2015), ningún científico practica el denominado método científico que se supone consiste en observar hechos con una mirada neutral y objetiva para luego derivar de manera inductiva teorías y, finalmente, deducir predicciones y explicaciones. Esto es así porque no es humanamente posible observar hechos sin una teoría previa. Igual la crítica cabe para los científicos sociales enrolados en aproximaciones metodológicas cualitativas, como la Teoría Fundamentada, que pregonan el trabajo en campo de recolección de datos empíricos con una mirada neutra sin una perspectiva teórica previa (Corbin y Strauss, 1990; Glaser y Strauss, 1967).

Por otro lado, ni la lógica inductiva ni la hipotético-deductiva pueden garantizar conclusiones reales, válidas y verdaderas (Chalmers, 2015).

Posturas contrarias a la consideración del psicoanálisis como ciencia

Tanto importantes epistemólogos como psicoanalistas han expresado su oposición al carácter científico del psicoanálisis desde la época de Freud a la actualidad.

Una de las voces más constantes en los ataques al psicoanálisis como ciencia provienen de Bunge (2006). El profesor de la Universidad McGill califica al psicoanálisis simplemente de “charlatanería psicológica” (sic), dado que “prescinde del método científico e ignora los contraejemplos”. Bunge argumenta que “el psicoanálisis viola la ontología y la metodología de toda ciencia genuina”. Descalifica al psicoanálisis, además, por sus afirmaciones dogmáticas,

puesto que los psicoanalistas, a diferencia de los psicólogos, no realizan ninguna prueba empírica. Concretamente, ningún psicoanalista ha montado jamás un laboratorio. [...] Los psicoanalistas no emplean para nada el método científico, puesto que no saben de qué se trata. Al fin y al cabo, no tienen formación científica; en el mejor de los casos son médicos generalistas (Bunge, 2006).

Popper (1959) sostiene que el psicoanálisis no es una ciencia natural porque es demasiado cerrado y no es susceptible de falsificación. Para Popper, el psicoanálisis expresa sus teorías en términos que son susceptibles solo de confirmación y carecen de postulados que puedan ser falseables. Señala además que Freud no posee el espíritu crítico de otros científicos, por lo que concluye que el psicoanálisis tiene más puntos en común con los mitos primitivos que con la ciencia genuina. Por ello, según Popper, las teorías psicoanalíticas, por su naturaleza, no son lo suficientemente precisas para tener implicaciones negativas y están inmunizadas contra la falsificación experiencial.

Para Adolf Grünbaum (1977), el psicoanálisis tampoco es una ciencia natural. Grünbaum cuestiona, entre otros aspectos, los defectos epistemológicos del método de la asociación libre, de la teoría de la represión, de la teoría de los sueños y la de los actos fallidos.

Las interpretaciones sobre los postulados epistemológicos de Thomas Kuhn (Spruiell, 1983) consideran

al psicoanálisis en fase pre-paradigmática, es decir, la etapa anterior al desarrollo de la ciencia normal en donde hay confusión y distintas ideas compiten entre sí (Kuhn, 2012).

El psicoanálisis ha sido criticado también por carecer de un método científico. Así, Wittgenstein (1953) descalifica al psicoanálisis como ciencia, criticando tanto sus técnicas como sus postulados teóricos. Wittgenstein niega, por ejemplo, que un deseo reprimido de quien sueña sea el contenido latente de un sueño o que en un sueño un lenguaje determinado de símbolos sea empleado para representar tal contenido.

Al igual que Bunge, Fasce (2017) califica también al psicoanálisis como pseudociencia y lo describe como “una forma de fraude intelectual consistente en [adoptar] ideas ajenas a la ciencia que, en un intento de aumentar su prestigio y aceptación social, se imposta como científica [y] que está compuesto de creencias carentes de garantía epistémica”, por lo que implica “un engaño con profundas implicaciones sociales y académicas”.

Reig (2015) niega el carácter científico del psicoanálisis, pero argumenta que el mismo constituye un campo de saber racionalmente fundado. Al proponer un

objeto inaccesible a los procedimientos de observación, medición y cuantificación [se desaloja] de la posibilidad de ser tratado como un objeto positivo. Es así que si bien es resultante de paradigmas epistémicos biologicistas y fisicalistas con los cuales Freud intenta aprehender el objeto del que se ocupa, estos no logran abarcar ni dar cuenta de la discontinuidad que el inconsciente testimonia (Reig, 2015).

Freud mismo, a pesar de su clara postura sobre el carácter científico del psicoanálisis, intenta diferenciarse de la concepción tradicional positivista de la ciencia (Bowman, 2002). Freud expresa sus dudas y límites sobre los alcances de su teoría (Mills, 2004). Según Waelder (1964), se opone a las grandes generalizaciones que construyen sistemas teóricos y reconoce que el tratamiento psicoanalítico no siempre ofrece a algunos individuos los beneficios que otorga a otros.

Lacan mismo (1977) concluye que el psicoanálisis no es una ciencia. “Lo que tengo que decirles, les diré, es que el psicoanálisis se debe tomar en serio, aunque no sea una ciencia. No es una ciencia en absoluto. [...] Karl Popper ha demostrado abundantemente que no es una ciencia porque es irrefutable. Es una práctica de charlas”.

La escuela francesa de epistemología y la noción de ciencia

Una visión positivista y empirista de la ciencia subyace en todas estas posturas sobre el carácter científico del psicoanálisis. Las mismas ignoran que las ciencias carecen de una estructura común (Feyerabend, 2010) pues las mismas son una producción humana que depende del contexto histórico, cultural y social en el que emerge y se constituye (Chalmers, 2015). Aún más, estas críticas ignoran el hecho de que estas posturas reflejan también un intento de imponer por la fuerza el método que los

científicos creen utilizar en las ciencias naturales (Bourdieu, 2008). Asimismo, esas posturas desconocen el hecho de que no existen criterios que permitan una diferenciación taxativa entre la ciencia y la no-ciencia (Follari, 2007). Tal como lo explicita Laudan (1978), no hay un rango epistémico o conjunto de criterios que todas las ciencias posean y que sean privativos de ellas. Al mismo tiempo, estas críticas tergiversan el método psicoanalítico, presentándolo como un proceso cerrado a controles externos en el cual el analista impone una interpretación arbitraria a su paciente (Bowman, 2002).

Por lo tanto, teniendo en cuenta las críticas formuladas al positivismo y al empirismo⁵ (Chalmers, 2013) y sobre la base de la noción de ciencia de distintos autores, fundamentalmente de aquellos enrolados en la perspectiva crítica francesa, tales como Althusser (1999), Bachelard (2002) y Bourdieu (2008), pero también rescatando los aspectos centrales de Thomas Kuhn (2012), podemos afirmar que existe ciencia cuando los miembros de una comunidad disciplinar, agrupados alrededor de un paradigma común (Kuhn, 2012) o de tradiciones de investigación (Laudan, 1978) reconocen su práctica disciplinar como científica y realizan prácticas sociales institucionales que los miembros de otras comunidades científicas también llevan a cabo, tales como la investigación, la comunicación de sus resultados a través de publicaciones sometidas a referato, el intercambio de ideas en congresos y jornadas y la enseñanza universitaria, entre otras. Follari (2007) agrega el reconocimiento de otras comunidades científicas, aunque admite que este reconocimiento social es un criterio laxo que se cumpliría con el reconocimiento de algunas –y no necesariamente de todas– las comunidades científicas. ¡Variable entonces de cuidadosa aplicación! De esta manera, la ciencia es una construcción social, incluso en las llamadas ciencias naturales, y el conocimiento científico es conquistado, construido, consensuado y vigilado epistemológicamente (Bourdieu, 2008), lo que implica una ruptura respecto de conocimientos anteriores (Bachelard, 2002).

El carácter científico del psicoanálisis

La obra freudiana exhibe un marcado legado científico acorde con la época en que se gestó (Quintana, 2012). Asimismo, de manera inequívoca a lo largo de toda su obra, Freud (1925, 1926, 1895, 1923) considera al psicoanálisis como una ciencia natural (Bowman, 2002), afirmando explícitamente su carácter científico.

Considérese que el psicoanálisis es una ciencia joven, sumamente inacabada, arrebatada en un rápido desarrollo. Como quiera que fuese, este es el lugar para insistir en lo erróneo del reproche de pansexualismo, que tan a menudo se hace al psicoanálisis. Se quiere significar que la teoría psicoanalítica no conoce otras

⁵ Los límites entre el empirismo y el positivismo son difíciles de trazar (muchos autores se nombran a sí mismos indistintamente con ambos términos. Por lo general, cuando se trazan distinciones, el empirismo es el término más amplio.

fuerzas pulsionales que las meramente sexuales, para lo cual se echa mano de prejuicios populares, pues “sexual” se emplea en el sentido vulgar, no en el analítico (Freud, 1924).

Señoras y señores: Resumiré, para terminar, lo que tenía que decir acerca del nexo del psicoanálisis con el problema de la cosmovisión. Opino que el psicoanálisis es incapaz de crear una cosmovisión particular: No le hace falta; él forma parte de la ciencia y puede adherir a la cosmovisión científica (Freud, 1932).

Varios autores se han pronunciado a favor del carácter científico del psicoanálisis argumentando que éste no debe renunciar al estatus de ciencia porque sus postulados teóricos no se ajustan a la biología darwiniana (Sulloway, 1979; Webster, 1995).⁶ Por similares razones, Mills (2004) confirma que el estatuto epistemológico del psicoanálisis es el de una ciencia. Bowman (2002) argumenta que las posturas anticuadas sobre las nociones de la ciencia y el positivismo erróneamente sirven como la principal resistencia contra la aceptación del valor del psicoanálisis como una investigación racional sobre las condiciones del conflicto humano interno. Bowman sostiene que los críticos se aferran a la idea de que la ciencia humana debería imitar a la física o a la biología evolutiva cuando estas mismas categorías erróneas distorsionan la verdadera práctica de la observación y refleja una exageración de la autoridad de la ciencia como criterio de la verdad, motivos por los cuales Bowman reconoce la cientificidad del psicoanálisis.

Tanto epistemólogos como psicoanalistas también aducen el carácter científico del psicoanálisis sobre la base de la existencia de lo que entienden son los componentes que toda ciencia debe reunir. Así, Althusser (1999) entiende que el psicoanálisis es una ciencia porque presenta una práctica, una técnica y una teoría que eleva su objeto de estudio a una práctica científica. De manera similar, Braunstein (2013) sostiene el carácter científico del psicoanálisis por contar con una teoría sistemática de conjunto, un objeto de conocimiento específico (el aparato psíquico y los procesos inconscientes) y los dispositivos metodológicos utilizados en la tarea técnica de la cura analítica.

Por otro lado, el psicoanálisis constituye una ruptura epistemológica. Bachelard (2002) considera que el conocimiento científico debe entenderse y plantearse en términos de obstáculos e implica un quiebre con el sentido común, las opiniones y el conocimiento previo. El psicoanálisis viene a rectificar conocimientos anteriores erróneos con respecto a la concepción del sujeto, a la conceptualización de las enfermedades nerviosas y a la reducción del aparato psíquico a lo consciente, entre otros, abriendo paso, de esta manera, a un nuevo proceso de significación. Podríamos decir que la teoría freudiana le otorga un estatuto diferente a las enfermedades nerviosas, pues no las consideraba determinadas por la herencia (como taras hereditarias), volviéndose contra el poder médico de ese momento. Aún más, el psicoanálisis constituye una herida narcisista para la humanidad.

Finalmente vino la humillación psicológica: el hombre que sabía que ya no es ni el señor del cosmos, ni el señor de los seres vivos, descubre que no es ni siquiera el señor de su psiquis (Freud, 1917).

⁶ Cabe señalar que en algunos trabajos como *Tótem y Tabú*, Freud (1913) adhiere en parte al evolucionismo darwiniano.

Esto constituye una verdadera ruptura epistemológica, a la vez que evidencia un claro esfuerzo del psicoanálisis por captar la lógica del error para someter sus verdades a una rectificación metódica y permanente de la constatación de sus teorías con los relatos de los pacientes que dan cuenta de la realidad psíquica (Bourdieu, 2008). Ambos fenómenos –ruptura epistemológica y vigilancia epistemológica– le otorgan al psicoanálisis el carácter de ciencia (Bachelard, 2002).

El psicoanálisis cuenta con una comunidad de miembros bien definida reunida en distintas sociedades. A modo de ejemplo, la Asociación Psicoanalítica Internacional es una entidad que reúne a más de 100 sociedades autónomas en todo el mundo, las que seleccionan, supervisan y capacitan a los candidatos para la práctica del psicoanálisis clínico. Estas sociedades también son responsables de los estándares profesionales y éticos establecidos de acuerdo con criterios internacionales.

Adicionalmente, muchas de estas sociedades, así como innumerables unidades académicas universitarias, organizan congresos y jornadas de investigación en psicoanálisis y cuentan con revistas científicas con referato para la publicación de resultados de investigación, casos clínicos y ensayos en psicoanálisis. A modo de ilustración, solamente en los Congresos Internacionales de Investigación organizados por la Universidad de Buenos Aires se presentan más de 300 trabajos en psicoanálisis cada año. Adicionalmente, se enseña psicoanálisis en carreras universitarias de grado y de posgrado en diversos países del mundo. Es más, en Argentina muchas de las carreras de psicología tienen una marcada orientación psicoanalítica.

Reflexiones finales

Desde la mirada epistemológica en un contexto de pluralismo cultural, como toda ciencia social, incluyendo el derecho, el psicoanálisis cuenta con todos los elementos de la ciencia, entendida como práctica social, de conformidad con la posición adoptada, es decir, el reconocimiento del carácter científico por parte de sus propios miembros, la realización de ciertas actividades institucionales, una ruptura epistemológica con conocimientos anteriores y la vigilancia epistemológica. Por todo ello, resulta indudable el carácter científico del psicoanálisis.

Contrariamente a lo postulado por Kuhn, las ciencias sociales no son pre-paradigmáticas, dado que existen en todas ellas acuerdos generales sobre los aspectos centrales a pesar de la existencia de distintas corrientes disciplinares, fenómeno también presente en las ciencias naturales. Quizás la diferencia entre estas últimas y las ciencias sociales constituya la clara reflexión y explicitación, por parte de las ciencias sociales, de sus determinaciones y limitaciones.

Referencias bibliográficas

- Althusser, L. (1999). *Writingson Psychoanalysis*. New York: Columbia University Press.
- Assoun, P. L. (2003). *Freud y las ciencias sociales: Psicoanálisis y teoría de la cultura (Antígona)*. Barcelona: Ediciones Del Serbal.
- Bachelard, G. (2002). *The Formation of the Scientific Mind. A Contribution to the Psychoanalysis of Objective Knowledge*. Manchester: Climamen Press.
- Audi, R. (2010). *A Contemporary Introduction to the Theory of Knowledge*. NewYork: Routledge.
- Bassi Follari, J. (2014). "Cuali/Cuanti: La distinción paleozoica [113 párrafos]". En *Forum Qualitative Sozialforschung/Forum: Qualitative Social Research*, 15(2), p. 7.
- Bercherie, P. (1980). *Los Fundamentos De La Clínica. Historia y estructura del saber psiquiátrico*. Buenos Aires: Manantial.
- Bourdieu, P., Chamboredon, J. C. y Passeron, J. C.(2008). *El oficio del sociólogo*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Bowman, M. (2002). *The Last Resistance. The Concept of Science as a Defense against Psychoanalysis*. New York: State University of New York.
- Braunstein, N. A., Pasternac, M., Benedito, G. y Saal, F. (2013). *Psicología, ideología y ciencia*. México: Siglo XXI.
- Bunge, M. (2006). "The Philosophy behind Pseudoscience". En *Skeptical Inquirer*, 30(4), p. 36-46.
- Corbin, J. M., y Strauss, A. (1990). "Grounded theory research: Procedures, canons, and evaluative criteria". En *Qualitative Sociology*, 13(1), pp. 3-21.
- Chalmers, A, F. (2015). *What is this thing called Science?* 4th ed. St. Lucia, Queensland: Hackett.
- Descartes, R. (1984). *Discurso del Método. Tratado de las Pasiones del alma*. Introducción de Miguel Ángel Granada. Barcelona: Planeta.
- Fasce, A. (2017). "Los parásitos de la ciencia. Una caracterización psicocognitiva del engaño pseudo-científico". En *Theoria: An International Journal for Theory, History and Foundations of Science*, 32(3), pp. 347-365.

- Follari, R. (2007). *Epistemología y Sociedad. Acerca del debate contemporáneo*. Rosario: Homo Sapiens Ediciones.
- Freud, S. (1986). *Obras completas*. 2ªed. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- *Ibidem* (1894). *Neuropsicosis de defensa*. Volumen III.
- *Ibidem* (1893-5). *Estudios sobre la histeria*. Volumen II.
- *Ibidem* (1895). *El proyecto de Psicología*. Volumen I.
- *Ibidem* (1900). *La interpretación de los sueños*. Volumen V.
- *Ibidem* (1913). *Tótem y tabú. Algunas concordancias en la vida anímica de los salvajes y de los neuróticos*. Volumen XIII.
- *Ibidem* (1917). *Una dificultad del Psicoanálisis*. Volumen XVII.
- *Ibidem* (1922). *Dos artículos de enciclopedia*. Volumen XVIII.
- *Ibidem* (1923). *El yo y el ello*. Volumen XIX.
- *Ibidem* (1937). *Análisis terminable e interminable*. Volumen XXIII.
- *Ibidem* (1924). *Breve informe sobre el psicoanálisis*. Volumen XIX.
- *Ibidem* (1932). *Conferencia 35*. Volumen XXII.
- Freud, S. y Pfister, O. (1966). *Correspondencia 1909-1939*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Glaser, B. G. y Strauss, A. L. (1967). *The discovery of grounded theory: Strategies for qualitative research*. New York: Routledge.
- Gramsci, A. (1975). *Quaderni del carcere*. Torino: Ein-audi.
- Grünbaum, A. (1977). "Is Psychoanalysis a Pseudo-Science? Karl Popper versus Sigmund Freud". En *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 31(3), pp. 333-353.

- Hermida, J. (2021). "An Inquiry in to the Epistemological Status of Space Law". *Revista de Derecho Espacial*, 5, pp. 1-10.
- Hume, D. (2019). *A Treatise of Human Nature*. Overland Park, KS: Digireads.com.
- Kuhn, T. (2012). *The Structure of Scientific Revolutions: 50th Anniversary Edition*. 4th ed. Chicago: University of Chicago Press.
- Laudan, L. (1978). *Progress and Its Problems. Towards a Theory Scientific Progressive Growth*. Berkeley & Los Angeles: University of California Press.
- Locke, J. (1996). *An Essay concerning Human Understanding*. Indianapolis: Hackett Publishing Company.
- MacLane, S. (1938). "Carnap on logical syntax". En *Bulletin of the American Mathematical Society*, 44(3), pp. 171-176.
- Machlup, F. (1961). "Are the Social Sciences Really Inferior?". En *Southern Economic Journal*, 27(3), pp. 173-184.
- Manicas, P. T. (1991). *A History and Philosophy of the Social Sciences*. New York: Wiley-Blackwell.
- Martinotti, G. (2008). "La cosiddetta crisi delle scienze social". En *Queste istituzioni ricerche*, Gen./Mar.
- Mills, J. (2004). *Psychoanalysis at the Limit. Epistemology, Mind, and the Question of Science*. Albany: University of New York Press.
- Piaget, J. (2018). *Seis studios de Psicología*. Madrid: Siglo XXI.
- Popper, K. (1959). *The Logic of Scientific Discovery*. London: Hutchinson.
- Quine, W. V. O. (1951). "Two Dogmas of Empiricism". In Quine, W. V. (1953, 1961) (ed.), *From a Logical Point of View*, 2^a edición. Cambridge: Harvard University Press, pp. 20-46.
- Quintana López, L. (2012). "Referentes epistemológicos freudianos: los modelos energético y biológico". En *IV Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología, XIX Jornadas de Investigación y VIII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR*. Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

- Quintana, L. y Hermida, J. (2019). "La hermenéutica como método de interpretación de textos en la investigación psicoanalítica". En *Perspectivas en Psicología. Revista de Psicología y Ciencias Afines*, 16(2), pp.73-80.
- Quintana, L. y Hermida, J. (2020). "A Comparative Analysis of Undergraduate Thesis Courses in Canadian and Argentine Universities". En *International Journal of Research and Review*, 7(4), pp. 30-37.
- Reig, C. (2015). *Estatus epistemológico del psicoanálisis: herramientas para pensar su objeto teórico* (Tesis de maestría). Universidad del Aconcagua, Facultad de Psicología. Recuperado de: <http://bibliotecadigital.uda.edu.ar/495>.
- Samaja, J. (2005). *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*. 3ª edición, 6ª reimpresión. Buenos Aires: EUDEBA.
- Sirvent, M. T. (2006). *El Proceso de Investigación. Investigación y Estadística I*. Cuadernos de la Oficina de Publicaciones de la Facultad de Filosofía y Letras (Opfyl).
- Spruiell, V. E. (1983). "Kuhn's Paradigm and Psychoanalysis". *The Psychoanalytic Quarterly*, 52(3), pp. 353-363.
- Waelder, R. (1964). *Basic Theory of Psychoanalysis*. New York: Shocken Books.
- Weber, M. (2012). *Collected Methodological Writings*. New York & London: Routledge.
- Wittgenstein, L. (1953). *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell.

Entre la autonomía y la diferenciación: el derecho espacial y su estructura semántica

Juan Pablo Niemes¹

Resumen

Partiendo de una caracterización entre autonomía y diferenciación, se analiza el derecho espacial como un cuerpo teórico diferenciado de otras ramas jurídicas, cuestión que lo destaca con un grado importante de autonomía operativa; esto es observable también en el nivel de su estructura semántica. A la vez, se contextualiza el proceso histórico que permitió tal diferenciación. Dicho proceso emergió de los grandes cambios geopolíticos que operaron en las sociedades modernas durante el siglo XX.

Palabras clave: derecho espacial; semántica histórica; sistemas autopoieticos; modernidad.

La cuestión aquí presentada: un abordaje

Una serie de acontecimientos que involucraron a varios campos de la ciencia le imprimieron muchas de las características al siglo XX. Entre estos campos científicos se destaca el derecho que, desde un punto de vista, se lo puede presentar como un complejo sistema de las sociedades occidentales, y el cual se fue estructurando en la época moderna² de manera progresiva, a la vez que delimitando sus contornos a través de una diferenciación semántica frente a otras áreas del saber.

¹ ISP JVG/UNSAM.

² Las posturas y las divisiones en épocas históricas son susceptibles de despertar polémicas en el ámbito histórico intelectual. Aquí, por *época moderna* se puede establecer, siguiendo a Reinhart Koselleck, los cambios que ocurrieron en el ámbito europeo desde mediados del siglo XVIII aproximadamente. Koselleck denominó a esta época *Sattelzeit* o *Schwellenzeit* (período de montura o período bisagra). Es decir, desde el punto de vista del observador, una manera de diferenciar temporalmente determinados sucesos que impactaron en muchos campos de pensamiento y concepción humana del espacio-tiempo. Algunas obras pueden ayudar al debate sobre las concepciones de Koselleck, por ejemplo su libro *Futuro Pasado* (1979 original; 1993 trad. española) y *Gesellschaftsstruktur und semantik 1* (1980) de Niklas Luhmann, entre otros autores.

En los primeros decenios del siglo XX se sintetizó (si se quiere) un proceso histórico que el occidente ya venía transitando, y fue en gran medida, debido a las grandes transformaciones de los últimos estadios de lo que se conoce como la sociedad industrial, finales del siglo XIX y principios del XX. La industrialización de la guerra fue tan solo un indicio del período.

No obstante, las escisiones dentro de los espacios de saberes fueron una de las tantas características de una nueva configuración mundial que comenzaba a emerger.³ De hecho, el final del siglo XIX fue testigo de algo que comenzaba a resquebrajarse bajo el lema de la fe en el progreso y en la ciencia. Si bien resulta riesgoso establecer cortes abruptos en los procesos históricos, de la misma manera también los análisis sociales sobre las *transiciones* dan la sensación ya de un desgaste analítico conceptual.

Sin embargo, aquí se pueden contrastar cambios tecnológicos que impactaron en el terreno de lo social en dos niveles. Uno de ellos refiere a las técnicas desarrolladas para habitar una nueva dimensión; la aparición de la aviación y el desarrollo de nuevos vehículos que permitieron explorar el espacio ultraterrestre. En un segundo nivel emergen nuevos campos teóricos y científicos debido al impacto de estas técnicas. Ambos niveles corresponden, como se viene diciendo, a las sociedades de la modernidad tardía. Las innovaciones salen desde las sociedades humanas hacia el espacio exterior, modificando y haciendo emerger nuevos campos teóricos.⁴

Como consecuencia de esto no resulta menos interesante el caso del derecho espacial, que se fue configurando a lo largo del siglo pasado y aún continúa en permanente desenvolvimiento. Sin embargo, una pregunta se hace pertinente en este punto: ¿surgen realmente como una novedad radical el campo y los conceptos del derecho espacial?

La división de temáticas en las diferentes áreas del derecho asienta la idea de la autonomía del derecho espacial, pero también es posible observar un proceso de especialización, o mejor aún, un complejo proceso de diferenciación frente a sus otras ramas. Antes de ensayar una respuesta a este análisis es preciso tener en perspectiva no solo una historia social, sino también una historia conceptual para poder analizar las estructuras de las cuales emergió.

Algunos esquemas interpretativos para el abordaje de estas cuestiones los ofrece la teoría de la historia de la *Begriffsgeschichte* (historia de los conceptos) de Reinhart Koselleck,⁵ autor para el cual la estructura semántica no debe ser separada de la estructura social. Es en este punto donde se torna fundamental su análisis para los objetivos de estas páginas. El historiador alemán que supo sembrar unas fértiles innovaciones en el campo de la historia en la Universidad de Bielefeld desde finales de

³ Una extensa bibliografía sobre los orígenes de las ciencias sociales viene analizándose en los últimos años. Pero vale recordar que como concepto aglutinante de varias ciencias, las ciencias sociales comienzan a tomar su impulso de producción e importancia con los cambios acaecidos desde los ciclos revolucionarios occidentales. Las revoluciones francesa, americanas y la industrial son solo una muestra de los cambios abruptos de los hechos históricos que se intentan comprender.

⁴ Luhmann, N. (1996). "Los sistemas comprenden a los sistemas" En *Teoría de la Sociedad y Pedagogía*. Barcelona: Paidós, pp. 93-135.

⁵ Koselleck, R. (1993). *Futuro Pasado, para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Paidós, especialmente el capítulo V, "Historia Conceptual e Historia Social", pp. 105-126.

los años sesenta, un laboratorio de ideas que dotó a varios campos de las ciencias sociales de poderosos métodos de análisis.

Teniendo en cuenta estas premisas, conviene no perder de vista una arista de la concepción histórica koselleckiana, en la cual sostiene que los conceptos políticos sociales contienen experiencias (*erfahrung*): “Un concepto no es solo indicador de los contextos que engloba, también es un factor suyo. Con cada concepto se establecen determinados horizontes, pero también límites para la experiencia posible y para la teoría concebible”.⁶

Los conceptos científicos y sociales pertenecen a estructuras semánticas sedimentadas en los tiempos y los espacios (en las sociedades), de modo que cumplen un papel fundamental de indicador de situaciones, de conflictos, etc., tanto para el historiador, el sociólogo y las ciencias humanas en general. Pero también los conceptos innovadores y sus irrupciones modifican los lenguajes que relacionan al ser humano con su entorno. Su emergencia se constituye como factor de cambio.⁷

Los avances en materia aviatoria y satelital, para decirlo de manera muy esquemática y general, se remontan desde hace mucho tiempo. Fue cada vez más notorio, junto con los avances de la aviación a comienzos del siglo XX, el auge de trabajos en materia de exploración espacial por satélites. Los primeros bosquejos fueron previos a la denominada *era espacial*.

En pocas décadas, ni bien abrió sus puertas el siglo XX, la circulación aérea comenzó a formar parte de la vida cotidiana en casi todas las sociedades del globo terráqueo.

Ahora bien, partiendo del abordaje histórico conceptual, no deja de sorprender el singular cuadro histórico político del pasado siglo XX, aunque más específicamente se debería atender al tablero geopolítico desde el final de la Segunda Guerra Mundial.

Dos potencias comenzaban a medir respectivamente sus fuerzas, sobre todo con sus sistemas científicos. Se abrieron así interesantes capítulos históricos, uno de ellos, y el que más interesa aquí, ha sido la carrera espacial: los Estados Unidos de Norteamérica y la URSS.

Los cambios técnicos que cobraron protagonismo por lo general se constituyeron en recursos para disputas de poderes, y a su vez para innovaciones bélicas. Sin embargo, los aportes desde los diferentes campos científicos dejaron un saldo interesante en los desarrollos de algunas ciencias. Por poner solo un ejemplo, el papel de la cibernética permitió el desarrollo de sistemas de comando a distancia que continúan expandiéndose en las aplicaciones de nuestro presente.⁸

Efectivamente, una revolución científica y técnica comenzó a gestarse. Resulta interesante que la

⁶ Koselleck, *op. cit.*, p. 118 .

⁷ Aquí se debe precisar una comparación válida. Si bien Thomas Kuhn (1962) elaboró un concepto de paradigma científico como una herramienta que permitió pensar los grandes cambios conceptuales sobre todo en el ámbito de la ciencia, Koselleck toma de la tradición hermenéutica de H. G. Gadamer los términos de espacio de experiencia y horizonte de expectativas para señalar la batería de conceptos radicales que surgieron en la modernidad europea entre 1750 y 1850 y el mundo antiguo.

⁸ Wiener, N. (1948). *Cybernetics, or control and communication in the animal and the machine*. Cambridge: MIT Press. Wiener se encargó de expandir y difundir las ventajas de la cibernética en los diferentes aspectos de la vida cotidiana, alejado del puro interés geopolítico.

complejización, pero también la velocidad de los cambios producidos por estos desarrollos de las técnicas, obligaron que en menos de un siglo se revisara una vasta literatura jurídica para poder abordar las problemáticas que se le plantearon a las soberanías territoriales de los Estados bajo un nuevo escenario afectado por el tránsito de un tipo de transporte relativamente novedoso.

La exploración del espacio aéreo y ultraterrestre, con constantes y potentes avances, no cesó su actividad. Los debates científicos que se abrieron con estos eventos no solo pertenecieron a momentos específicos de la historia, sino que también incidieron socialmente impregnando y orientando temporalmente hacia el futuro el carácter y el contenido performativo del derecho espacial. En los años que siguieron a la época de la segunda posguerra, los sujetos del derecho eran los Estados, tiempo más tarde se sumarán actores privados y empresas.

Los contenidos de los tratados y las leyes que comenzaron a surgir en el campo legal establecieron y determinaron las expectativas sobre las responsabilidades de los Estados y organismos implicados. Siguiendo a Koselleck,⁹ las experiencias que contienen los conceptos político sociales no solo reúnen diferentes capas de historias pasadas, también contienen horizontes de expectativas (*Erwartungshorizont*). Es decir, parte de estas expectativas se depositan en la confianza del sistema internacional con respecto al comportamiento de los Estados en los primeros tratados. El ejemplo más claro lo constituye el Tratado de la Luna y otros cuerpos celestes (1979).

Estas alteraciones en el campo del derecho son un indicio de las grandes transformaciones acaecidas en el último siglo. Cambios que continúan sorprendiendo, aunque no sin dejar de plantear algunas paradojas y dilemas que se intentarán esbozar en las siguientes páginas.

También conviene tener en cuenta que en este tipo de análisis, y una de las tantas hipótesis que ofrece la sociología jurídico-sistémica, resultan provechosas algunas elaboraciones de Niklas Luhmann. Para esto conviene destacar que, en gran medida, las preocupaciones teóricas de este autor se basaron en los análisis de la diferenciación funcional característica de las sociedades occidentales modernas. Aquí, la caracterización *moderna* debe tener en cuenta las grandes transformaciones estructurales e institucionales que tuvieron lugar desde el siglo XVIII en occidente. Este pasaje, a grandes rasgos, se conoció como el fin del mundo antiguo y el comienzo del mundo moderno.¹⁰ El proceso de constitución de sistemas sociales –la economía, el arte, la ciencia, el derecho, etc., por nombrar solo algunos– fue configurando y diferenciando complejos campos autorreferentes (la autopoiesis¹¹ aparece en Luhmann como un paradigma de investigación fructífero). Quedarán al margen del presente trabajo todas las preguntas relativas (y válidas) sobre cuán separados, abiertos o cerrados están estos sistemas sociales.

⁹ Koselleck, *op. cit.*, pp. 333-357.

¹⁰ Establecer cortes temporales y espaciales en un análisis sociohistórico puede conllevar a dejar abierto numerosos interrogantes y establecer de manera arbitraria una serie de hechos que el historiador selecciona. El artículo se anima a explorar con esta periodización a fin de intentar visualizar los cambios estructurales en el campo del derecho.

¹¹ Concepto tomado de las elaboraciones llevadas a cabo por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela.

De esta manera, algunos campos científicos, entre ellos el derecho, coincidieron en la reconfiguración del concepto de lo territorial durante el siglo XX. Ello queda demostrado en los planteos de cuestiones referidas a la soberanía territorial de los Estados desatadas a partir de los desarrollos y debates aéreos y astronáuticos. A lo largo del pasado siglo se puede registrar el nacimiento y posteriormente el uso cotidiano de vehículos aéreos, la construcción de satélites, el complejo despliegue de la astronáutica y la puesta en órbita de una estación espacial de colaboración internacional.

Con todas estas consideraciones se proponen algunos interrogantes relacionados con el tema que titula estas páginas, pero advirtiendo la complejidad histórica como así también la complejidad de la metodología con la que se realizarán las observaciones: ¿corresponde caracterizar al derecho espacial como una rama autónoma en la ciencia jurídica? O más bien: ¿es el derecho espacial una consecuencia o respuesta a la complejidad y la diferenciación característica de las sociedades modernas?

Los cambios en las estructuras sociales producen también cambios semánticos, y por lo tanto, no quedan exentos de discusiones y debates. Entonces, conviene comprender el desarrollo histórico de una nueva rama jurídica como el derecho espacial, a la luz de las particularidades que lo diferencian de otros campos legales.

Una trama histórica: tiempos, espacios y contenidos

Un esquema general de análisis histórico tiene, muchas veces, la pretensión de abarcar en su demarcación una mayor y mejor explicación. El caso que aquí se presenta intenta comprender, contemplando algunas variables, los diferentes sustratos histórico-conceptuales que componen la emergencia del derecho espacial. Este análisis histórico-semántico intenta un acercamiento más complejo de la diacronía y la sincronía, junto con el desarrollo de diferenciación funcional de la modernidad, proceso del cual emergen los sistemas sociales.

Vale recordar que las innovaciones técnicas en materia aérea y espacial en el siglo XX, como se analizó más arriba, tuvieron un despliegue de gran alcance alrededor del mundo.

Frente a este panorama histórico, algunos campos científicos tales como la física, la astronáutica, el derecho, la biología, etc., profundizaron sus contenidos en varios niveles de producción en un mundo tensionado geopolíticamente, ofreciendo algunas respuestas a nuevas situaciones históricas.

Siguiendo al sociólogo Josetxo Beriain, algunas cuestiones conceptuales en lo referente a esta diferenciación funcional:

La diferenciación funcional organiza los procesos de comunicación alrededor de funciones especiales que son realizadas al nivel de la sociedad. Puesto que todas las funciones necesarias tienen que ser realizadas y son independientes, la sociedad no puede conceder primacía absoluta a ninguna de ellas. En las sociedades modernas ningún subsistema puede pretender imprudentemente, en principio, autoridad superior *vis-a-vis* sobre otros campos de acción. En contraste con la diferenciación segmentaria, la diferenciación funcional

esgrime que en principio todos los actores participan o al menos pueden participar en todos los subsistemas con sus medios generalizados de comunicación. Así, para desarrollar las funciones políticas, las funciones económicas o las funciones religiosas es socialmente desplegada una diferenciación de roles entre las personas y dentro de las personas.¹²

Si bien los sustratos conceptuales previos para el desarrollo del derecho espacial podrían considerarse en las elaboraciones del derecho aéreo, el derecho internacional, etc., no se puede evitar aludir como fecha que se constituye en un punto de inflexión el año 1957, año en el cual el satélite Sputnik 1 fue puesto en órbita terrestre.

El campo del derecho contaba con algunas experiencias previas en la regulación de las operaciones de vehículos aéreos. La rama jurídica que emergió, en este caso, se la conoce como derecho aéreo. Algunas de sus elaboraciones e instituciones fueron los tratados internacionales, pues el tránsito de vehículos aéreos debía estar contemplado con mutuos acuerdos entre los Estados. Entre los más resonantes están las convenciones de París en 1919, de Varsovia en 1929 y de Chicago en 1944, entre otras.

Hacia mediados del siglo XX los avances de la industria astronáutica demostraron su potente capacidad en el desarrollo de vehículos orbitadores, telescopios puestos en órbita, desarrollos en cohetes, etc. La función del derecho, los tratados del aire y el espacio, antes que nada, se establecieron con el fin de evitar cualquier conflicto que pudiera activar problemas de soberanía territorial.¹³ Recordar el tablero geopolítico al finalizar de la Segunda Guerra Mundial para tomar dimensión ante un posible cortocircuito.

En un sugestivo análisis contemporáneo, los especialistas Edith Walter y Thomas Neger sostienen: “Eventualmente el derecho tiene la función de balancear diferentes intereses (...). El derecho espacial es un marco legal que tiene como objetivo crear un entorno que facilite logros de objetivos comunes que se relacionan con la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre y, al mismo tiempo, evita condiciones no deseadas en lo relativo al espacio”.¹⁴

En cierto punto, estas cuestiones le dan las principales características al derecho espacial como para establecerse como una rama autónoma del derecho internacional. Por su parte, una especialista tan importante como Eilene Galloway reforzaría la idea de que no es solo su función, sino que además es la fuerza del consenso una de las características más sobresaliente de este tipo de derecho:

La ciencia espacial, la tecnología y los asuntos legales están integrados y todo el procedimiento se fortalece porque las decisiones se toman por consenso. Cuando ciertos problemas han requerido soluciones, los principios generales pertinentes del Tratado del Espacio Exterior de 1967 se han ampliado y reafirmados

¹² Beriain, J. (1997). “La paradoja de la expansión de opciones en el capitalismo tardío”. En *Revista Anthropos*, N° 173/174, Barcelona.

¹³ Un interesante ejemplo en escala nacional para el caso norteamericano; Dinu, M. (1950). “State Sovereignty in the Navigable Airspace”. En *Journal Air Law & Com*, N° 43.

¹⁴ Brünner, C. y Soucek, A. (eds.) (2011). *Outer Space in Society, Politics and Law*. Nueva York: Springer, p. 236 (traducción de mi autoría).

con nuevos convenios y acuerdos internacionales específicos, una práctica que ha demostrado ser tan exitosa en la construcción de un cuerpo armonioso de derecho espacial que debería continuar.¹⁵

La cooperación y los tratados dieron algunos frutos. Así, en el año 1967 se llevó a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Exploración y la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos.¹⁶ Gran parte de esas expectativas de consensos globales se encontraban en los propósitos del derecho internacional público. La reducción de complejidad¹⁷ del derecho espacial se basa en asir un tablero geopolítico muy caliente y en promover consensos.

Reuniendo los desarrollos tecnológicos, las convenciones y los caminos que se construyeron a través de los avances en derecho espacial, quizás pueda parecer más atinado denominar a todo este proceso *revolución espacial*, proceso que involucró a casi todo el planeta.

Existe un interesante análisis del experto Stephen E. Doyle, en el cual no solo realiza una historia del derecho espacial de manera sistematizada, sino que establece una periodización de los desarrollos del campo que aquí se analiza:

El desarrollo del derecho espacial durante el siglo XX se desplegó en cuatro fases: la fase 1 comprendió el desarrollo de conceptos del derecho espacial antes del Sputnik 1: de 1910 a 1957; la fase 2 permitió la clarificación y la adopción las cuestiones básicas y aplicables del derecho; 1957 a 1966, la fase 3 implicó la expansión de los usos del espacio y las leyes y reglamentos nacionales e internacionales para gestionar dichos usos, y éste ha sido un proceso que continuó hasta finales de la década de los años cincuenta; y la fase 4 que comprende las actividades humanas más allá de la atmósfera, esto incluye los desarrollos del derecho en lo que refiere a los asentamientos y sociedades fuera de la tierra.¹⁸

Siguiendo la periodización de Doyle, hasta la fase 3 se puede ver cómo la irrupción de la técnica (en este caso el satélite Sputnik 1) habilitó, en gran medida, un campo de conocimiento que pudo progresivamente ir capitalizando conocimiento e ir diferenciándose de otras ramas jurídicas. Inclusive, Doyle más adelante asegura que el derecho espacial es considerado un *cuerpo acumulativo* de reglas, tratados, leyes, etc.

¹⁵ Galloway, E. (1998). "Space Law in the 21st Century". En *Journal Of Space Law*, Twenty Fifth Anniversary, Vol. 26, N° 2, p. 189 (traducción de mi autoría).

¹⁶ Se puede consultar en la web: https://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_21_2222S.pdf.

¹⁷ La reducción de complejidad se refiere al proceso en que, en el actual contexto de las sociedades de la modernidad tardía, los sistemas sociales que comienzan a diferenciarse surgen en gran medida para hacer posible la comprensión (asir). La extensa obra de Niklas Luhmann aborda esta cuestión en innumerables ensayos y libros.

¹⁸ Doyle, S. (2010). *A Concise History Of Space Law*. Disponible en la web: <https://www.iislweb.org/website/docs/2010keynote.pdf> (la traducción es de mi autoría).

En dicha acumulación se estructuraron las expectativas temporales de una revolución espacial. Desde un punto de vista sistémico también, Helmut Willke sostiene:

Los sistemas funcionales como la política, economía, ciencia, educación, etc., se especializan y se vuelven competentes exclusivamente para un aspecto específico de la reproducción social, [...] el descubrimiento científico más descabellado puede ser económicamente relevante, un desarrollo en el sistema educativo puede provocar oleaje político o una nueva tecnología puede ser un gran significado para el sistema de salud.¹⁹

Por lo tanto, hay una diferenciación funcional llevada a cabo por el derecho, y que en éste caso se observa con la emergencia del derecho espacial. Ella se basó en el surgimiento de una nueva estructura semántica enfocada en un ámbito específico, y que opera con la anticipación, prevención y expectativas de comportamiento de los Estados implicados. Dichas expectativas quedan siempre abiertas y orientadas al marco temporal del futuro.

Llegados a este punto se puede afirmar que la dimensión del pasado del derecho espacial estaría conformada por las acumulaciones de conocimiento que le dieron su origen, como así también los campos aledaños que ayudaron con algunas transferencias conceptuales. El presente se manifiesta en numerosos debates que animan a seguir pensando el futuro de la humanidad fuera del planeta. La dimensión del futuro estaría constituida, en gran medida, por las expectativas de acciones y comportamientos tanto de Estados como de empresas privadas implicadas en el tránsito espacial.

Con esto se pueden observar los horizontes temporales en los que opera el cuerpo doctrinal del derecho espacial, es decir, no solo la historia de la técnica y del derecho internacional, sino también las sedimentaciones temporales de varios campos que constituyen sus características.

La enorme dimensión espacial en la que incide esta nueva rama jurídica demuestra el grado de complejidad que presenta reconstruir la historia del derecho espacial.

Teniendo en cuenta el nivel del espacio involucrado y el involucramiento de los Estados, Galloway señala:

Aunque han existido críticas al ritmo lento de formulación del derecho espacial en los últimos años, es inevitable que se requiera más tiempo para resolver determinados problemas. En la medida en que las demoras sean causadas por enfatizar las políticas nacionales basadas en diferentes filosofías económicas, se deben encontrar medios para separar los factores técnicos de los políticos.²⁰

¹⁹ Willke, H. (2016). "Formas de autoorientación de la sociedad". En *Mad. Revista del Magíster en Análisis Sistémico Aplicado a la Sociedad*, N° 34, p. 4.

²⁰ Galloway, *op. cit.*, p. 189.

Las iniciativas privadas también formarán parte de los debates del derecho espacial, y se las deberán tener en cuenta a la hora de construir consensos.

Ya en el siglo XXI, muchos especialistas pueden afirmar que esta rama jurídica tiene una identidad autónoma (¿diferenciada?). Es decir, debido a todas las particularidades que lo constituyen frente a otros tipos de derecho, pero también debido a todos los conceptos sedimentados a lo largo de los años.

Sin embargo, puede ser lícito preguntarse de manera contrafáctica si el derecho espacial podría haber tenido lugar sin los previos desarrollos en sus otras ramas. Como se analizó, en los sinuosos tramos históricos y las diferentes capas semánticas sedimentadas que yacen en el campo del derecho espacial, se pueden observar elaboraciones previas que permitieron pensar algunas de sus principales ideas. La trama histórica de los países centrales en el derecho espacial no invita al historiador a pensar en la preponderancia de determinadas naciones o culturas como predestinadas históricamente al desarrollo o evolución cultural. Aún se seguirán escribiendo y acordando con todas las naciones y culturas los aportes al derecho espacial.

Conviene también tener en foco una característica dentro del mismo campo científico del derecho que colaboró para pensar en una plataforma que luego se diferenció y se estableció como derecho espacial. Este *desprendimiento* dentro del derecho obedece a una de las características de las sociedades modernas. Se trata de la diferenciación funcional como mecanismo de adaptación para los cambios tecnológicos acaecidos en el último siglo.

De cara a un futuro en el que se plantean, por ejemplo, cuestiones económicas desde la exploración espacial,²¹ resulta fundamental analizar este fenómeno de diferenciación dentro del campo del derecho. Todos estos cambios involucran a todos los Estados y entidades espaciales privadas del mundo.

Tanto la citada cuestión de la soberanía territorial como el manejo, el uso de objetos y cuerpos celestes de cara a la creciente expansión de la exploración espacial, hizo y hace imperiosa la necesidad de una regulación legal.

Consideraciones finales

En las caracterizaciones mencionadas en el título de este trabajo, autonomía y diferenciación, conviene tener en cuenta que durante el siglo XXI el derecho espacial se establecerá progresivamente como un campo autónomo del derecho.

Esta autonomía se construyó en la misma medida en que los adelantos técnicos dispararon una serie de interrogantes sobre el campo legal y frente a situaciones territoriales en el contexto posterior

²¹ Tal es el caso de algunas empresas que buscan fuera de la tierra una oportunidad de negocios que permitan explotar, entre otras cosas, minerales, es decir, buscar otras fuentes inagotables de recursos. Quedarán abiertos los interrogantes de un marco legal que permita dicha actividad. Ver, por ejemplo: <https://www.bbc.com/mundo/vert-fut-45006143>

a la Segunda Guerra Mundial con un escenario geopolítico candente. Dos grandes polos de poder, la URSS y los Estados Unidos de Norteamérica, tensaron sus relaciones y activaron una competencia por la conquista del espacio ultraterrestre.²²

La mayoría de los analistas del derecho espacial coinciden en que la fecha bisagra fue el año 1957, cuando fue puesto en órbita el satélite soviético artificial Sputnik 1.

Entonces, por un lado, la autonomía del derecho espacial estaría establecida ya en el siglo XXI por su campo de acción y por el contenido de sus acuerdos, leyes y tratados. Aún dista de ser un campo de conocimiento totalmente constituido.

Por otro lado, el proceso de diferenciación funcional atañe a una dimensión institucional más amplia e incumbe a todos los sistemas sociales. Con la diferenciación funcional emergen nuevos conceptos afectando a la semántica característica de cada sistema. El derecho espacial plantea nuevos conceptos en vías a una territorialización del espacio ultraterrestre.

Los Estados nacionales son los sujetos del derecho internacional, y ello se deriva en gran medida por los derechos que ejercen de cara a su soberanía territorial. De la misma manera quedará a escrutinio el rol de las empresas y su regulación.

Las relaciones entre los diferentes Estados durante el siglo XX incluyeron los conflictos bélicos. La larga historia de los Estados y sus prácticas jurídicas también contribuyeron a crear muchas de las nociones que derivaron en este nuevo campo legal.

Para ilustrarlo mejor, el especialista Armel Kerrest analiza en relación al derecho espacial: “En el derecho internacional, una gran parte del marco legal es consuetudinario; por lo tanto, como el proceso de elaboración de leyes se deriva de la práctica de los Estados desde hace mucho tiempo, resulta muy útil e incluso necesario utilizar la analogía para resolver problemas”.²³

Teniendo en cuenta los diferentes contextos históricos a lo largo del siglo XX, y sobre todo las disputas geopolíticas de potencias mundiales, el derecho espacial emergió progresivamente en la medida que los adelantos técnicos plantearon ciertos interrogantes y cuestiones que resultaron vitales para los Estados. Difícilmente se pueda afirmar que tales interrogantes pueden estar respondidos de manera definitiva.

De todas maneras, esto derivó en un proceso de diferenciación dentro del campo del derecho, estableciéndose así un suelo normativo, *i. e.*, el derecho espacial.

El creciente ritmo de aceleración en los cambios técnicos y sociales durante el siglo XX confluyeron, entre otras cosas, en la conformación de sistemas expertos. Las dimensiones institucionales de la modernidad difieren de manera casi radical de los períodos anteriores de la historia de la humanidad. Como asegura, en otro registro de análisis de la modernidad, Anthony Giddens: “Las formas de vida introducidas por la modernidad arrasaron de manera sin precedentes todas las modalidades

²² Mann, M. (2013). *The Sources Of Social Power Volume 4: Globalizations, 1945-2011*. Cambridge: Cambridge University Press.

²³ Kerrest, A. (2011). “Space Law and the law of the sea”. En Brüner, C. y Soucek, A. (eds.). *Outer Space in Society, Politics and Law*. Nueva York: Springer, p. 250 (traducción de mi autoría).

tradicionales del orden social. Tanto en extensión como en intensidad, las transformaciones que ha acarreado la modernidad son más profundas que la mayoría de los tipos de cambio característicos de periodos anteriores”.²⁴

En este proceso de cambios abruptos en las instituciones, el derecho como sistema social debió producir un cuerpo de conocimientos para un nuevo contexto de cambio tecnológico.

En el seno de las elaboraciones jurídicas se permearon y fueron necesarias algunas ideas provenientes de otras ramas, como es el caso del derecho internacional. En este esquema se puede citar un ejemplo, un fragmento del artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas:

Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.²⁵

Pero también los desarrollos en materia espacial debieron hacer frente a cuestiones de índole física y legal. John Cobb Cooper, en un artículo que refiere a este tema, expuso a mediados de los cincuenta los dilemas a los cuales se enfrentaron no solo los especialistas en derecho, sino también los Estados. No era la primera vez que esto ocurría, ya a principios del siglo XX un proceso similar ocurrió con el despliegue de la aviación: “Por segunda vez en este siglo, la ciencia y los ingenieros han sobrepasado con creces al derecho”.²⁶

Y es frente a este y otros problemas cuando el derecho espacial entró en escena. Incluso algunos autores recientemente relacionan cierta familiaridad y cuestiones problemáticas de la nueva rama jurídica con el derecho marino, cuya historia tiene varios siglos. Por ejemplo, Armel Kerrest analiza: “El derecho espacial es joven y debe evolucionar y adaptarse a nuevas actividades y partes interesadas. El derecho marino, que es bastante más viejo, puede mostrar el camino”.²⁷

Las *transferencias* conceptuales y operaciones entre distintos campos legales demuestran algunas de las sedimentaciones que se encuentran en la semántica derecho espacial. Un análisis histórico puede contribuir a comprender mejor su constitución, su evolución y aplicaciones.

No se debe perder de vista que, en un mundo cada vez más interconectado, por lo menos en la mayor parte de las comunicaciones que requieren las formas de lo social, la colaboración internacional resulta fundamental para los procedimientos del nuevo derecho espacial.

Quedaría una cuestión no menos importante. Si bien se puede adoptar la teoría de los sistemas

²⁴ Giddens, A. (2001). *Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza, p. 18.

²⁵ Carta de las Naciones Unidas, consultada en la web: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>.

²⁶ Cobb Cooper, J. (1956). “Legal Problems of Upper Space”. En *Journal Air Law & Com.*, Nº 23, p. 308 (traducción de mi autoría).

²⁷ Kerrest, A., *op. cit.*, p. 254 (traducción de mi autoría).

sociales autopoieticos para complementar la comprensión de la historia del derecho espacial, como bien se señaló, en un análisis histórico conceptual persisten sedimentaciones. Es decir, para que pueda haberse constituido esta nueva rama del derecho, para haberse producido la mencionada diferenciación funcional, operaron determinadas alimentaciones de otras áreas y campos en el marco de un cambio histórico.

En relación a ésta dinámica, Niklas Luhmann en sus últimas obras se ocupó de lo que denominó como el cierre operativo en los sistemas sociales:

Las operaciones, y en particular todas las operaciones de un sistema autopoietico, tienen un doble efecto: sirven, de una parte, para concretar las condiciones para las operaciones de conexión; por consiguiente, para desplazar en cada momento el sistema a una nueva circunstancia histórica; y, por otro lado, para ofrecer estructuras omniabarcantes necesarias para la conexión.²⁸

Se puede inferir entonces que en la constitución de los sistemas sociales existen esclusas, perforaciones (si se quiere), que contribuyen a crear sistemas expertos. Los sistemas expertos, como el derecho espacial, permiten una reducción de complejidad en las sociedades modernas. Esto es, en un mundo cada vez más complejo en sus estructuras y características se precisa de mecanismos y sistemas competentes para afrontar las contingencias y emergencias ante nuevas situaciones históricas: “[...] el mundo sin entorno no es un sistema, y en el mundo no hay sistemas cerrados en el sentido de sistemas que no sucumben a los efectos colaterales [...]”.²⁹

Las técnicas y las especializaciones legales permitieron la emergencia de una nueva rama jurídica: el derecho espacial, que en una sociedad mundial cada vez más compleja contribuyó a balancear poderes geopolíticos siempre en tensión. Dicho intento convoca inevitablemente al desarrollo de expectativas en el transcurso de la historia humana.

Por otro lado, si se alude al término territorialización ello puede prestar a confusión, pues como lo indica el mismo concepto haría alusión al planeta tierra. Sin embargo, conviene pensar la traslación de conceptos humanos terrestres al espacio exterior al planeta Tierra para operar en el campo del derecho espacial, sin que ello implique anacronismos o incompatibilidad, pues se quiera o no el origen de la exploración partió desde la Tierra hacia el exterior.

El tiempo dirá si se sustituyen estos conceptos para fundar una nueva ciencia que prescindiera de las cuestiones terrestres. Su autonomía, su diferenciación y los grados de eficacia que promueve frente y junto a otros campos para resolver cuestiones legales quedarán por observarse en un futuro no muy lejano.

²⁸ Luhmann, N. (1997). “Problemas con el cierre operativo.” En *Revista Anthropos*, N° 173/174, Niklas Luhmann, hacia una teoría científica de la sociedad. Barcelona.

²⁹ Luhmann, *op. cit.* p. 52.

Bibliografía de referencia

- Beriain, J. (1997). "La paradoja de la expansión de opciones en el capitalismo tardío". En *Revista Anthropos*, N° 173/174, Barcelona.
- Brünner, C. y Soucek, A. (eds.) (2011). *Outer Space in Society, Politics and Law*. Nueva York: Springer.
- Dinu, M. (1950). "State Sovereignty in the Navigable Airspace". En *Journal Air Law & Com*, N° 43.
- Doyle, S. (2010). *A Concise History Of Space Law*. Disponible en la web: [A Concise History of Space Law](#).
- Galloway, E. (1998). "Space Law in the 21st Century". En *Journal Of Space Law*, Twenty Fifth Anniversary, Vol. 26, N° 2.
- Giddens, A. (2001). *Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza.
- Koselleck, R. (1993). *Futuro Pasado, para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Paidós.
- Luhmann, N. (1980). *Gesellschaftsstruktur und semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen gesellschaft. Band 1*. Berlín: Suhrkamp.
- Luhmann, N. (1997). "Problemas con el cierre operativo". En *Revista Anthropos 173/174, Niklas Luhmann, hacia una teoría científica de la sociedad. Huellas del conocimiento*. Barcelona.
- Luhmann, N. (2018). *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- Mann, M. (2013). *The Sources Of Social Power Volume 4: Globalizations, 1945-2011*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Teubner, G. (1988). *Autopoietic Law. A new Approach to Law and Society*. Berlín: De Gruyter.
- Teubner, G. (2005). *El Derecho Como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global*. Lima: Ara Editores.
- Willke, H. (2016). "Formas de autoorientación de la sociedad". En *Mad. Revista del Magíster en Análisis Sistemico Aplicado a la Sociedad*, N° 34.

Estudio sobre el precedente judicial en Colombia (Segunda Parte) / *Study of the judicial precedent in Colombia (Second Part)*

María Milagros Flores¹

Resumen

En esta segunda parte de la investigación de la doctrina del precedente en Colombia, se efectuará un estudio pormenorizado de las distintas dimensiones del precedente. En primer lugar, se determinará qué es aquello que los jueces colombianos han entendido por el vocablo precedente y luego se examinarán dichas dimensiones, esto es, la institucional, objetiva, estructural, de la eficacia, temporal, axiológica y de la variación a la luz de múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Palabras clave: Colombia; doctrina del precedente; jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; Consejo de Estado; Corte Constitucional; dimensiones del precedente; dimensión institucional, objetiva, estructural, de la eficacia, temporal, axiológica y de la variación.

Abstract

In this second part of the investigation of the doctrine of precedent in Colombia, an in-depth analysis about the different dimensions of the precedent will be conducted. In the first place, it will be

¹ Abogada, graduada con Diploma de Honor (Pontificia Universidad Católica Argentina, 2016). Alumna del Programa de Magíster de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2022). Graduada de la Especialización en Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina (2017-2020). Especializada en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca (2019). Secretaria Privada en el Juzgado nro. 7 del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ex becaria del programa "Santander. Universidades" (2014). Correo electrónico: floresmariamilagros@gmail.com.

Este trabajo forma parte del Proyecto IUS 800 201901 00018 CT: "El precedente judicial en América Latina: análisis comparado" y "La sentencia como precedente: metodología y aplicación práctica" que se llevan a cabo en la Universidad Católica Argentina (UCA).

determined what the colombian judges have understood for the term precedent; then, the different dimensions of such term will be examined, this is: the institutional, the objective, the structural, of the efficacy, the temporal, the axiological, and the variation considering the multiple court decisions of the Constitutional Court, the Supreme Court of Justice and the Council of State.

Keywords: Colombia; doctrine of precedent; judicial precedents of the Supreme Court of Justice; Council of State; Constitutional Court; dimensions of the precedent; institutional, objective, structural, of the efficacy, temporal, axiological, and the variation.

I. Marco jurisprudencial. Dimensiones del precedente en las Altas Cortes de Colombia²

En la primera parte de esta investigación³ se describió la conformación y organización de la rama judicial colombiana, la forma en la que se lleva a cabo el control de constitucionalidad, y se realizó el estudio del precedente desde una perspectiva normativa. En esta última sección se identificaron las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales relacionadas con el valor de la mencionada figura del precedente.

Tal como se mencionó en aquella parte, aquí se examinará el precedente desde la perspectiva jurisprudencial, es decir, en el campo concreto de aplicación del precedente por parte de los tribunales colombianos a través de sus sentencias.

A fin de facilitar la lectura de esta segunda parte, se recuerda que la Constitución Política estableció en el artículo 230 que la jurisprudencia queda reducida a un mero criterio auxiliar de interpretación. Sin perjuicio de ello, los magistrados –a través de sus sentencias– le han otorgado un notable valor.

Esta labor judicial, en particular la de las Altas Cortes, ha dado lugar a un desarrollo significativo de la doctrina del precedente, lo cual ha hecho posible conocer y estudiar las distintas dimensiones que asume el precedente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Es decir que en el derecho colombiano –y en referencia a la dimensión de reconocimiento del precedente– puede afirmarse que si bien la doctrina del precedente tiene recepción normativa, su mayor despliegue ha tenido lugar en virtud de la actividad jurisprudencial.⁴

² A lo largo de este trabajo se utilizarán las abreviaturas empleadas en la primera parte de esta investigación. Véase Flores, M. M. (2021). “Estudio sobre el precedente judicial en Colombia (Primera Parte)”. En *Aportes al Derecho, Revista jurídica de UFLO Universidad*, N° 5, pp. 10-45.

³ Flores, *op. cit.*

⁴ Cabe mencionar que la dimensión de reconocimiento del precedente es aquella que “tiene que ver con el modo en que la doctrina del precedente es acogida en cada ordenamiento jurídico, en específico, si tiene recepción normativa (constitucional o infraconstitucional) o es producto de una creación jurisprudencial que evoluciona a partir de las decisiones judiciales”. Véase: Ratti Mendaña, F. (2021).

I. 1. Terminología de las Altas Cortes en relación con el precedente

Previo a todo, en atención a que el precedente es un concepto complejo y análogo, resulta necesario conocer qué es aquello que los jueces colombianos han entendido por dicho vocablo.

Así, la Corte Constitucional ha definido al precedente como “aquella sentencia anterior y pertinente cuya *ratio* conduce a una regla –prohibición, orden o autorización– determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”.⁵

Años después, sostuvo que puede predicarse la existencia de un precedente en los eventos en los cuales:

- (i) los hechos relevantes que definen el asunto pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan un caso del pasado; (ii) la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente; y (iii) la regla jurisprudencial no ha sido cambiada en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.⁶

Posteriormente, en las sentencias T-830 de 2012⁷ y T-714 de 2013⁸ ha precisado que el precedente no debe ser confundido con el antecedente. Ello así, por cuanto este último

se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad.

Mientras que el primero consiste en una o varias sentencias que presentan similitudes (respecto de cuestiones fácticas como también en relación al problema jurídico) con el caso nuevo y en cuyas *ratio decidendi*, “se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso”.

En este orden de ideas, añadió que “el precedente no debe identificarse plenamente con la sentencia,

“Dimensiones del precedente judicial: una metodología de estudio de la doctrina del precedente.” En *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 11, N° 1 (enero-julio), pp. 75-107.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-794 de 2011, magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-830 de 2012, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-714 de 2013, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

sino con la regla que de ella se desprende, aquella decisión judicial que se erige, no como una aplicación del acervo normativo existente, sino como la consolidación de una regla desprendida de aquel y extensible a casos futuros, con identidad jurídica y fáctica”.⁹ En esa oportunidad, lo definió como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

Por otro lado, el Consejo de Estado ha definido el precedente como la

interpretación consolidada de la ley, el conjunto de razones reiteradas, amplias y consolidadas por el juez para dirimir los conflictos que conoce, que deben ser tenidas en cuenta al resolver controversias posteriores siempre que entre el asunto ya decidido y el que está por resolverse medie una correspondencia entre las situaciones fácticas y jurídicas. En otras palabras, la administración de justicia debe solucionar los litigios a su cargo en atención a la línea jurisprudencial vertical u horizontal, ya que constituye una pauta para la solución de casos idénticos que garantiza los principios de seguridad jurídica e igualdad, entre otros.¹⁰

Por último, cabe aclarar que, de la búsqueda realizada en la página oficial de la CSJ, se observó que en la gran mayoría de las sentencias dicho tribunal no elaboró una definición propia del vocablo aludido, sino que se limitó a citar el significado dado por la CC.¹¹ Sin perjuicio de ello, se halló una sola sentencia en la cual –aunque de modo indirecto– dicho tribunal hizo una breve descripción del término precedente. Así, sostuvo que el desconocimiento del precedente “ocurre cuando el juez desconoce la *ratio decidendi* de un conjunto de sentencias previas al caso que ha de resolverse y que son pertinentes y aplicables al problema jurídico sometido a su conocimiento”.¹²

⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-053 de 2015, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, radicación nro. 11001-03-15-000-2019-00846-00(AC), 11001-03-15-000-2019-00048-00(AC) y 11001-03-15-000-2019-00519-00(AC), consejero ponente Carmelo Perdomo Cuéter, sentencias del 3 de abril de 2019, 18 de marzo de 2019 y 6 de marzo de 2019, respectivamente.

¹¹ A guisa de ejemplo véanse: CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia STP1734 de 2022, magistrado ponente: Fabio Ospitia Garzón; Sala de Casación Civil, sentencia STC1624 de 2022, magistrado ponente: Francisco Ternera Barrios; Sala de Casación Laboral, sentencia STL16958 de 2021, magistrado ponente: Omar Ángel Mejía Amador; Sala de Casación Penal, sentencia STP16865 de 2021, magistrado ponente: Fabio Ospitia Garzón; Sala de Casación Laboral, sentencia STL15074 de 2021; magistrado ponente: Omar Ángel Mejía Amador; Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia STC6879 de 2021, magistrado ponente: Francisco Ternera Barrios.

¹² Corte Suprema de Justicia, sentencia STP6488 de 2014, citada en la sentencia de la Sala de Casación Penal STP7761 de 2021, magistrado ponente: Hugo Quintero Bernate.

I. 2. Publicidad de la jurisprudencia

Ahora bien, si del estudio de la jurisprudencia se trata, resulta ineludible hacer una breve mención sobre su publicación y consecuente acceso. En lo que a la Corte Constitucional respecta, debe traerse a colación, en primer lugar, el artículo 47 de la ley 270/1996:

todas las providencias que profiera la Corte Constitucional serán publicadas en la “Gaceta de la Corte Constitucional”, la cual deberá publicarse mensualmente por la Imprenta Nacional. Sendos ejemplares de la Gaceta serán distribuidos a cada uno de los miembros del Congreso de la República y a todos los Despachos Judiciales del País. La Corte Constitucional dispondrá de un sistema de consulta sistematizada de la jurisprudencia a la cual tendrán acceso todas las personas.¹³

En relación con la Corte Suprema de Justicia, cabe mencionar que mediante ley 169/1896¹⁴ se dispuso la creación del cargo de relator y, entre sus funciones, se estableció “la edición de la Gaceta Judicial, la formación del índice alfabético de ella, la formación y publicación anual de las doctrinas sentadas por la Corte en las decisiones que pronuncie en todos los asuntos de su incumbencia”. Por otra parte, el artículo 40 del Decreto Ley 052/1987¹⁵ asignó como funciones del relator, entre otras, las de “preparar las publicaciones y los extractos de Jurisprudencia”.

Por último, en lo que aquí interesa, el Reglamento del Consejo de Estado incorporó dos cláusulas que contemplan la publicidad de las sentencias (y dentro de éstas, las sentencias de unificación de jurisprudencia) en la sede electrónica.¹⁶

En concordancia con dichas normas, las mencionadas Cortes cuentan con un sistema de búsqueda de jurisprudencia alcanzable, cercano, rápido y preciso. Esto debe destacarse, por cuanto permitió una investigación fructífera del marco jurisprudencial del tema central de este trabajo, a la vez que refleja la concreción de varios derechos consagrados en la parte dogmática de la Constitución (en

¹³ Publicada en el Diario Oficial N° 42.745, de 15 de marzo de 1996.

¹⁴ Publicada en el Diario Oficial el 4 de noviembre de 1896.

¹⁵ Publicado en el Diario Oficial el 13 de enero de 1987.

¹⁶ Artículo 62: “La Relatoría de la Corporación garantizará el archivo, titulación y publicación ordenada, en la sede electrónica del Consejo de Estado, en condiciones de calidad, integridad, autenticidad, seguridad, disponibilidad y accesibilidad, de todas las sentencias y demás providencias judiciales, así como de los salvamentos y aclaraciones de voto. De igual manera procederá con los conceptos no sujetos a reserva y decisiones sobre conflictos de competencia. La sede electrónica permitirá identificar, consultar y obtener copia de todas las sentencias y demás providencias judiciales, así como de los salvamentos y aclaraciones de voto, conceptos no sujetos a reserva y decisiones sobre conflictos de competencia de la Corporación siempre y cuando se aseguren los estándares que se mencionan en el inciso precedente”; Artículo 63: “Las sentencias de unificación jurisprudencial se identificarán con las siglas CE-SUJ- seguidas del número de la Sección y el número anual consecutivo que les corresponda. Dichas sentencias serán publicadas en la sede electrónica del Consejo de Estado, en un enlace especial de fácil acceso e identificación”.

particular, Título II), como por ejemplo, el derecho de toda persona a recibir información veraz e imparcial, a conocer, actualizar y rectificar información que se haya recogido sobre aquellas en entidades públicas, a acceder a los documentos públicos, entre otros.

Aunado a lo anterior, no resulta ocioso traer a colación las palabras de la Corte Constitucional respecto de la publicidad de la actividad judicial. Aquella sostuvo que el principio de publicidad de la actividad judicial implica el derecho de acceso de la comunidad en general a sus decisiones y a su vez, comprende la obligación de las autoridades de motivar sus propios actos. Explicitó que esta obligación

incluye [la] de considerar explícita y razonadamente la doctrina judicial que sustenta cada decisión. Esta garantía tiene como objetivo que los sujetos procesales y la comunidad en general tengan certeza, no solo sobre el texto de la ley y la jurisprudencia, sino que se extiende a asegurar que el ordenamiento está siendo y va a seguir siendo interpretado y aplicado de manera consistente y uniforme. Solo de esta forma pueden las personas tener certeza de que la interpretación y aplicación consistente y uniforme del ordenamiento es una garantía jurídicamente protegida y no un mero uso sin valor normativo alguno, y del cual los jueces pueden apartarse cuando lo deseen, sin necesidad de justificar su decisión.¹⁷

Hecha esta sumaria introducción, a continuación se expondrán los criterios delineados por la jurisprudencia colombiana en torno a las distintas dimensiones asumidas por el precedente (respecto de las cuales debe tenerse presente que no se trata de compartimentos estancos, sino de diversas manifestaciones a partir de las que, simultáneamente, aquel se desenvuelve en un ordenamiento jurídico determinado).

II. Dimensiones

Taruffo parte de la hipótesis de que el precedente se define, en cada ordenamiento, en función de la combinación de cuatro factores o como intersección de cuatro dimensiones. Esas dimensiones son:

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. En este caso, el actor demandó la inexecutable del artículo 4º de la Ley 169 de 1896, aduciendo que la norma demandada resultaba inconstitucional ya que, por un lado, la potestad de los jueces inferiores para desviarse de la doctrina probable impedía darle uniformidad de la jurisprudencia nacional y de ese modo hacía imposible lograr los objetivos constitucionales de eficacia de los derechos y de prevalencia del derecho sustancial. Por otro lado, afirmó que aquella norma, al permitir que la Corte Suprema variase su jurisprudencia cuando la considerase errónea, daba lugar a un alto grado de inseguridad jurídica, que impedía garantizar el ejercicio de los derechos subjetivos. En esta ocasión la Corte resolvió 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.

a) la dimensión institucional; b) la dimensión objetiva; c) la dimensión estructural; y d) la dimensión de la eficacia.¹⁸ A esta clasificación inicial, Ratti Mendaña agregó otras cuatro dimensiones: la del reconocimiento, la temporal, la axiológica y de variación.¹⁹

II. 1. Dimensión institucional

II. 1. a) Definición

Esta dimensión se relaciona con la estructura de la organización judicial, es decir, la jerarquía y relación existente entre los tribunales e instancias dentro de un sistema judicial. En función de ella, se clasifica el precedente en vertical y horizontal. El primero de estos se da en una estructura piramidal o jerárquica. Hace alusión al valor del precedente emanado de los órganos que están por encima, respecto de aquellos que están por debajo, mientras que la doctrina del precedente horizontal tiene relación con el valor del precedente dentro de un mismo escalón de la pirámide.²⁰

Las referidas clasificaciones fueron desarrolladas, en Colombia, por la Corte Constitucional en la sentencia T-794 de 2011.²¹ Respecto del precedente horizontal explicó que es aquel que se refiere a las “sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o, inclusive, el mismo operador judicial”. En relación con la dimensión de la eficacia,²² en dicha sentencia la Corte señaló que todo juez tiene el deber de ser consistente con sus decisiones, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas fórmulas de juicio.²³

En una sentencia posterior,²⁴ en consonancia con lo expuesto en el párrafo que antecede y en relación

¹⁸ Taruffo, M. (2010). “Dimensiones del precedente judicial” en Castañeda Otsu, S. (dir.) y Velezmoro, F. (coord.). *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Traducción por J. F. Monroy Gálvez. Lima: Grijley, pp. 3-23.

¹⁹ Ratti Mendaña, *op. cit.*, p. 78.

²⁰ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 79.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-794 de 2011, magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. En este caso se revocó la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado y se ordenó reconocer como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, debidamente indexada, a la menor Ledis María Mosquera Ortiz.

²² La que será desarrollada infra.

²³ Ya desde el año 1995 la Corte Constitucional venía sosteniendo el deber de los jueces de no proferir sentencias contradictorias. Así, los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa, en su aclaración de voto en la sentencia C-194 de 1995, en la cual la parte actora había ejercido acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 45 –parcial–, 47, 95 –parcial– y 96 –parcial– de la ley 136 de 1994, consideraron que “si bien en Colombia no existe un rígida regla de *stare decisis*, tal y como opera en los países de *Common Law*, debemos aceptar que en principio todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus precedentes”.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-049 de 2007, magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

con la dimensión axiológica,²⁵ la mencionada Corte estableció que este precedente cuenta con fuerza vinculante por cuatro razones básicas:

(i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser “razonablemente previsibles”;²⁶ (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad;²⁷ y finalmente, (iv) por razones de “disciplina judicial”, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial.²⁸

Por otro lado, respecto del precedente vertical sostuvo que

se refiere al deber de observancia de los lineamientos sentados por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. En ese orden de ideas, un juez de inferior jerarquía debe seguir la posición adoptada por los entes judiciales superiores. Para la mayoría de asuntos, la interpretación que deben seguir los funcionarios judiciales es determinada por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los asuntos que no son susceptibles de ser revisados por esas corporaciones, quienes se encargan de dictar la pauta hermenéutica en materia judicial son los Tribunales Superiores de cada Distrito.

²⁵ La cual será desarrollada infra.

²⁶ En cuanto a la relación del precedente horizontal con la igualdad y seguridad jurídica, citó la sentencia C-447 de 1997, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero, en la cual la CC concluyó que: “(...) todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no solo de elementales consideraciones de seguridad jurídica – pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles–, sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones”.

²⁷ Sobre el precedente y su relación con los principios de buena fe y confianza legítima citó la sentencia T-468 de 2003, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil, en la cual la Corte consideró que: “Las exigencias éticas derivadas del principio de la mutua confianza imponen que todas las autoridades públicas y, especialmente, las judiciales actúen con consistencia y uniformidad, de modo tal que siempre deben estar en disposición de adoptar la misma decisión cuando concurren los mismos presupuestos de hecho y derecho, sin que les sea permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas que no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos”.

²⁸ En cuanto a la disciplina judicial (iv), citó la sentencia C-252 de 2001, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz, en la cual la Corte ha explicado que “el deber de atender los precedentes, resulta consustancial al ejercicio armónico de la función judicial, no solo en atención a las decisiones propias y de los superiores, sino en armonía con los alcances mismos de la Constitución”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en una sentencia reciente expuso que de acuerdo a la autoridad que emitió el pronunciamiento, se puede clasificar el precedente en dos categorías: “(i) el precedente horizontal (...) y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia”. En relación con este último, especificó que, “al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, a menos que de manera suficiente y coherente explique las razones que motivan apartarse de la misma”.²⁹

Por último, el Consejo de Estado se refirió al precedente vertical como

aquel que se impone en virtud de las competencias jerárquicas que se desprenden de la organización del aparato de administración de justicia, a causa del cual el sentenciador debe acatar los lineamientos fijados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.³⁰

II. 1. b) ¿Qué ocurre cuando, frente a una controversia, no hay una postura pacífica entre las Altas Cortes?

En una sentencia relativamente actual, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado manifestó que en aquellos casos en los cuales no existe una posición pacífica sobre un determinado tema entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, no puede afirmarse que existe un “precedente consolidado que acompase el criterio asumido por las altas cortes”, razón por la cual, en virtud del principio de independencia y autonomía judicial que poseen los jueces de la República de

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia STL10653 de 2021, magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 11001-03-15-000-2018-02190-00(AC), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia del 13 de agosto de 2018. En este caso, el Consejo decidió rechazar la acción de tutela interpuesta por la actora, en tanto concluyó que la sentencia atacada no había incurrido en la causal específica denominada desconocimiento del precedente. Ello así, en tanto explicó que, en la materia bajo análisis, no existía un criterio unificado entre las Altas Cortes (esto es Corte Constitucional y Consejo de Estado), por lo cual, en virtud de la autonomía de cual se encuentran dotados los jueces, el Tribunal Administrativo de Boyacá se encontraba facultado para acoger los lineamientos del Consejo de Estado.

Colombia, éstos se encuentran facultados para adoptar la posición que consideren correcta, siendo necesario que argumenten por qué no acogen el criterio contrario.³¹

Por su parte, en una sentencia del año 2019, la Corte Constitucional ratificó la postura que venía sosteniendo respecto de la primacía del precedente constitucional, aun respecto de pronunciamientos emanados de órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia.³²

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación 11001-03-15-000-2018-02132-00(AC), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 21 de agosto de 2018. En este caso, respecto de la determinación del Ingreso Base de Liquidación de los beneficiarios del régimen de transición fijado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca adoptó la posición asumida por la Corte Constitucional para negar la reliquidación de la pensión por considerar que la base debe estar conformada por el 75% de los factores salariales sobre los que el beneficiario hizo cotizaciones durante los últimos 10 años, siempre y cuando figuren entre los contemplados en el decreto 1158 de 1994. En igual sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación número: 11001-03-15-000-2018-02190-00(AC), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter; sentencia del 13 de agosto de 2018, radicación nro. 11001-03-15-000-2018-01924-00(AC), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez; sentencia del 1 de agosto de 2018 y, radicación nro. 11001-03-15-000-2018-01621-00(AC), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 10 de julio de 2018,

³² Así, en la sentencia C-621 de 2015, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte Constitucional había dicho que, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de aquella, “las decisiones de la Corte Constitucional en materia de interpretación de la constitución en materia de derechos fundamentales tienen prevalencia respecto de la interpretación que sobre la misma realicen los demás órganos judiciales”. En el mismo año, en la sentencia SU-298 de 2015, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, sostuvo que “así, cuando el precedente de la jurisdicción especializada y el constitucional sobre una misma materia tienen posturas diferentes, la Sala recuerda que el precedente constitucional debe irradiar a las demás jurisdicciones, por ser dictado por quién tiene a su cargo la interpretación autorizada de la Constitución, que es norma de normas”. En un pronunciamiento anterior, sentencia C-539 de 2011, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva; al analizar la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, como la obligación de las autoridades públicas de acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes, concluyó que: “(x) en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley para el caso en concreto”. En esta sentencia, la Corte Constitucional analizó si el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 vulneraba los artículos 2, 4, 13, 83, 209, 230 y 241 de la Carta Política, así como los principios de economía, celeridad y eficiencia de la Administración Pública. Resolvió declarar exequibles las expresiones: “encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros”; y “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa,” en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional. Respecto de la expresión “en cinco o más pronunciamientos,” decidió inhibirse de emitir pronunciamiento alguno, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Corte Constitucional en sentencia T-973 de 1999, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis. En tal sentencia se dijo: “Frente a

Así, dijo que “en la contradicción que puede existir entre precedentes fijados por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones y aquel establecido por la Corte Constitucional, debe tenerse en cuenta que, como fue explicado anteriormente, existe un deber de observancia más estricto en relación con el precedente constitucional”. Ello así, “en virtud del principio de supremacía constitucional, [por el cual] los jueces y las autoridades administrativas en su labor de aplicación del ordenamiento jurídico deben dar prevalencia a los postulados constitucionales, cuyo contenido abarca, no solo la literalidad de las normas, sino la interpretación que de ellas hace la Corte Constitucional”. Concluyó que “dicha prevalencia no implica un desconocimiento de la autonomía e independencia judicial, toda vez que responde a la configuración del sistema de fuentes normativas establecido por la Constitución y a la protección de la seguridad jurídica como un valor indispensable para el Estado Social de Derecho”.³³

En igual sentido se pronunció en fallo T-038 de 2016, magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo, en el cual reiteró que el precedente constitucional tiene carácter preponderante en el ordenamiento jurídico colombiano, porque “tiene la fuerza de instituir interpretaciones que ciñan la aplicación del ordenamiento legal a lo consagrado por la Carta Política”.

En lo que a las sentencias de tutela de la Corte Constitucional respecta, esta Corporación ha dicho que “la interpretación y alcance que se le dé a los derechos fundamentales en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre aquella que se realiza por otras autoridades judiciales, incluyendo altos tribunales de cierre de las demás jurisdicciones”.³⁴

interpretaciones contrarias respecto de una misma norma legal, una de la Corte Constitucional que señala que el proceso de responsabilidad fiscal tiene un término de caducidad de dos años para su iniciación, y otra del Consejo de Estado que establece que el juicio de responsabilidad fiscal no tiene término de caducidad, prevalece por expresa disposición constitucional aquella efectuada por la Corte Constitucional, según lo dispone el artículo 243 de la Carta Política, ya que la interpretación de la Corte, a diferencia de la de los demás jueces, señala y explica el significado de la Constitución en su carácter de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Fundamental, labor que realiza específicamente a través de su función interpretativa.”

³³ Corte Constitucional, sentencia T-109 de 2019, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta sentencia se resolvieron expedientes acumulados en los cuales se debatió el modo en que debía liquidarse el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones de vejez; los actores habían alegado que las providencias cuestionadas habían incurrido en desconocimiento del precedente del Consejo de Estado. La Corte entendió que las decisiones de los Tribunales Administrativos no habían incurrido en un defecto sustantivo o material, por cuanto basaron su decisión en las normas que la jurisprudencia constitucional “tanto en sede de control abstracto como en revisión de tutela, ha identificado como las aplicables para establecer el IBL de las pensiones de vejez reconocidas a los beneficiarios del régimen de transición.” Agregó que “aunque el acatamiento del precedente de la Corte Constitucional sobre el IBL puede considerarse una razón suficiente para omitir la mención de los precedentes contrapuestos de otros tribunales de cierre, las providencias judiciales atacadas, de todos modos, cumplieron con la carga de transparencia requerida para apartarse justificadamente del precedente fijado por el Consejo de Estado, en tanto aludieron específicamente a dicha regla de decisión y argumentaron las razones por las cuales consideraron prevalentes los parámetros definidos por la jurisprudencia constitucional”.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-360 del 2014, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Como puede observarse, la Corte mantiene el criterio adoptado años atrás. A guisa de ejemplo, a continuación se cita una sentencia del año 2011, en la cual expresó que “las reglas fijadas en las decisiones que ejercen el control constitucional abstracto y concreto, son prevalentes en el ejercicio de las competencias adscritas a las autoridades administrativas y judiciales”. Ello así, en razón

de la jerarquía del sistema de fuentes y la vigencia del principio de supremacía constitucional –y no la determinación de niveles diferenciados entre los altos tribunales de origen–. En otras palabras, en tanto la Carta Política prevé una regla de prelación en la aplicación del derecho, que ordena privilegiar a las normas constitucionales frente a otras reglas jurídicas (Art. 4 CP) y, a su vez, se confía a la Corte la guarda de esa supremacía, lo que la convierte en el intérprete autorizado de las mismas (Art. 241 CP).

A continuación –y en lo que atañe a la aludida autonomía de los jueces– aclaró que, a diferencia de los funcionarios de la administración,³⁵ los jueces se encuentran posibilitados para apartarse del precedente, pero siempre y cuando la argumentación brindada cumpla con determinados requisitos, como por ejemplo: “(i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales”.³⁶

Ahora bien, resulta interesante destacar que, sin perjuicio de lo afirmado en cuanto a la prevalencia del precedente constitucional, al tratar la cuestión del acatamiento de los precedentes por la administración pública, la Corte expresa que

cuando se esté ante la divergencia de interpretaciones de índole judicial, la administración deberá optar por aquella que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales. De igual modo, deberá preferirse aquella interpretación judicial que se muestre más razonable, en términos tanto de aceptabilidad del ejercicio argumentativo realizado por la autoridad judicial, como de grado de protección y vigencia de dichos derechos, principios y valores.³⁷

³⁵ Sobre estos funcionarios, manifestó que “carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, [por lo cual] el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. Ello en el entendido que la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administración”.

³⁶ Seguidamente, clarificó que esta posibilidad de apartarse del precedente “en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados”.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2011, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Sobre este último punto, cabe destacar que la CC no especifica si la divergencia de interpretaciones se da dentro de un mismo órgano o entre diversos órganos (ejemplo: Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia). Sobre la existencia de criterios jurisprudenciales disímiles y su aplicación por los

Por último, cabe destacar un interesante pronunciamiento de la CSJ, en el cual resolvió hacer lugar a la acción de tutela interpuesta por la parte actora en tanto entendió que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali había vulnerado el derecho al debido proceso porque, al resolver, se había sujetado a los precedentes de la Corte Constitucional, los que se contraponían a los “precedentes jurisprudenciales de [la CSJ] como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral”. En este orden de ideas, afirmó que le asistía razón a la parte accionante “frente a su solicitud de amparo, pues el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali desconoció abiertamente el precedente jurisprudencial de esta Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, como máximo órgano de la jurisdicción laboral”.³⁸

II. 1. c) ¿Qué ocurre cuando no hay unidad de criterio dentro de alguna de las Altas Cortes?

En la citada sentencia T-038 de 2016, la Corte Constitucional explicó que

existen casos en los que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho no es coincidente, lo que, en efecto, dificulta tener claridad sobre cuál es el precedente aplicable al caso concreto y, en consecuencia, si el juez incurrió en el defecto por desconocimiento del precedente constitucional. Esta hipótesis se presenta, por ejemplo, cuando las Salas de Revisión de la Corte tienen posiciones encontradas respecto de un mismo tema constitucional y, no existe sentencia de la Sala Plena que unifique la forma como debe resolverse la controversia.

Añadió que en este caso, “el operador jurídico vinculado por la jurisprudencia dictada en sede de tutela por la Corte Constitucional, y respaldado por el principio de la independencia judicial, puede optar por seguir una u otra de las posiciones que defienden las Salas de Revisión”.

Por último, fijó como regla de decisión que

no se configura la causal específica de tutela contra providencia judicial denominada defecto por desconocimiento del precedente constitucional, cuando (i) al no existir un precedente único, (ii) la autoridad judicial resuelve un caso siguiendo una de las posiciones adoptadas por las Salas de Revisión de la Corte

funcionarios administrativos, cabe agregar que, años atrás, la Corte Constitucional (en la sentencia T-116 de 2004: magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett), había detectado esta circunstancia. Así, expresó que “en *ausencia de un precedente judicial pacífico y consolidado en una materia*, las interpretaciones que realicen los funcionarios administrativos deben desestimarse si son arbitrarias o irrazonables, al encontrarse en contravía de la Constitución y de la ley” (las cursivas me pertenecen).

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia STL1072 de 2021, magistrado ponente: Fernando Castillo Cadena.

Constitucional, que además coincide con la jurisprudencia dictada por el tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral.³⁹

En esta misma línea, al analizar la obligatoriedad de la doctrina judicial dictada por la Corte Suprema de Justicia, expresó que

es posible (...) que no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto, compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. De la misma forma, ante la imprecisión de los fundamentos, pueden los jueces interpretar el sentido que se le debe dar a la doctrina judicial de la Corte Suprema.⁴⁰

A lo expuesto, cabe agregar que en la referida sentencia C-634 de 2011, la Corte Constitucional hizo hincapié en el deber que tienen las Altas Cortes de mantener criterios unánimes. Así, aseveró que “en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia”.

En similar sentido, la CSJ declaró que

de acuerdo a lo consagrado en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, al igual que la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta, *tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus*

³⁹ Resolvió que no era posible aseverar que el juzgado accionado había desconocido el “precedente” constitucional fijado en las Sentencias T-217 de 2013 y T-831 de 2014, por haber declarado probada la excepción de prescripción del incremento pensional del 14%, toda vez que, ante la ausencia de un precedente concordante y uniforme o, una jurisprudencia en vigor vinculante, el juzgado adoptó la decisión, en ejercicio de su autonomía e independencia judicial, con base en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual sostenía una tesis que había sido compartida, en términos generales, por algunas de las Salas de Revisión de este tribunal (Sentencias T-791 de 2013, T-748 de 2014, T-123 y T-541 del 2015).

Asimismo, en sentencia T-395 de 2016, magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo, la referida corporación reiteró que: “...no existe, en materia de imprescriptibilidad del incremento pensional del 14%, una decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, o varias sentencias de las Salas de Revisión que constituyan un precedente de obligatorio acatamiento o, en otros términos, una jurisprudencia en vigor, cuyo desconocimiento conlleve a una violación del debido proceso”.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-836 del 2001, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos que emitan se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.⁴¹

II. 2. Dimensión objetiva

Como lo explica Ratti Mendaña, “esta dimensión se refiere a la delimitación de aquello que verdaderamente tiene valor de precedente dentro de una decisión judicial”. Así, explica que, en el sistema del *common law*, “no todo el pronunciamiento judicial tiene valor vinculante para los casos posteriores, sino solo una parte de él: el *holding* o *ratio decidendi*”. Mientras que “en los países del *civil law*, la práctica de aplicación del precedente refleja un desinterés o falta de reflexión profunda sobre cuál es la regla de derecho o la norma general que se deriva del precedente que se está aplicando”.⁴²

II. 2. a) El contenido de la sentencia judicial

En primer lugar, debe señalarse que, desde antaño, la Corte Constitucional ha establecido que dentro de una decisión judicial pueden diferenciarse los siguientes aspectos: por un lado, la parte resolutive (la cual a veces es llamada “*decisum*”), la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*.⁴³

Esta distinción luego fue acogida por las otras Altas Cortes. A modo de ejemplo, puede citarse la sentencia STP 13449 del 2019, en la cual la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la CSJ, al dejar sin efecto la decisión de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, señaló que aquella, para fundamentar su decisión, citó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, pero sin distinguir entre la *ratio decidendi*, los *obiter dictum* y el *decisum*, aclarando que “solo son obligatorios la decisión y la razón de tal decisión” y que el *dictum* no es obligatorio sino persuasivo “pues cumple como criterio auxiliar en la correcta interpretación y aplicación de una norma”.

Continuando con lo dicho en el primer párrafo, la Corte Constitucional explicó que el *decisum* es la resolución concreta del caso, esto es, “la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil” y que en principio solo vincula a quienes participaron en la controversia judicial.

Respecto de las sentencias de constitucionalidad y de aquellas proferidas en las acciones de tutela,⁴⁴ ha manifestado que en las primeras el *decisum* de la decisión judicial tiene efectos *erga omnes* en

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia STL10653 del 2021, magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo (las cursivas me pertenecen).

⁴² Ratti Mendaña, *op. cit.*, p. 82.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 1999, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁴ Aclaró que en estos casos también deben realizarse otro tipo de consideraciones.

virtud de lo dispuesto en los artículos 243 de la Constitución y 48 de la LAJ, “fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos” y que es definitiva e inmutable (cfr. artículos 243, inciso 2, de la Constitución Política y artículo 23 del Decreto 2067 de 1991). Aclaró que en los procesos de tutela esta parte tiene los efectos que se determine en la parte resolutive de las sentencias.⁴⁵

A continuación, sostuvo que la *ratio decidendi* corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, o sea, aquellos aspectos sin los cuales sería imposible saber cuál fue la razón determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente, en la parte resolutive.⁴⁶

Seguidamente hizo un análisis sobre la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* en el caso de las sentencias de control abstracto y en las de tutela. Respecto de las primeras, concluyó que su *ratio decidendi* resulta obligatoria en tanto así lo establece el artículo 243 de la CP. En el caso de las segundas,⁴⁷ expresó que si bien no existe norma constitucional que consagre dicha vinculatoriedad, esta parte de la sentencia constituye un precedente vinculante para las autoridades. “La razón principal de esta afirmación se deriva del reconocimiento de la función que cumple la Corte Constitucional en los casos concretos, que no es otra que la de ‘homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales’ a través del mecanismo constitucional de revisión de las sentencias de tutela (artículo 241 de la CP)”.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. En la sentencia C-037 de 1996, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte dijo que la *ratio decidendi* está conformada por “los conceptos consignados en esta parte [motiva de una sentencia], que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive”. En una sentencia de 1999 (sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero) entendió que la *ratio decidendi* consiste en “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive” y constituye doctrina vinculante para los otros jueces. Posteriormente, en la sentencia SU-1219 de 2001, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, especificó que, en virtud de dichos conceptos, la determinación final del fallo resulta comprensible y con fundamento. En otra sentencia del mismo año, T-569 de 2001, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett, dispuso que la *ratio decidendi* define “la correcta interpretación y adecuada aplicación de una norma” en el contexto constitucional.

⁴⁷ Merece la pena mencionar que en esta sentencia la CC realizó un interesante comentario sobre los efectos de las sentencias de tutela. Así las cosas, luego de afirmar que estos sin *inter partes*, puntualizó que ha habido casos en los cuales se les otorgó un efecto diferente. Por ejemplo, en la sentencia SU-1023 de 2001 (magistrado ponente: Jaime Córdoba Tribiño), se estableció que, en circunstancias muy especiales, con el fin de no discriminar entre tutelantes y no tutelantes que han visto violados sus derechos fundamentales, los efectos de la acción de tutela pueden extenderse *inter comunis*, es decir, extenderse a una comunidad determinada por unas características específicas. En las sentencias SU-388 de 2005 (magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández) y T-493 de 2005 (magistrado ponente: Manuel José Cepeda) igualmente se estableció que los efectos de la sentencia de unificación serían *inter comunis* para madres cabeza de familia desvinculadas de Telecom.

A lo expuesto agregó que

la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable. De no aceptarse este principio, la consecuencia final sería la de restarle fuerza normativa a la Constitución, en la medida en que cada juez podría interpretar libremente la Carta, desarticulando el sistema jurídico en desmedro de la seguridad jurídica y comprometiendo finalmente la norma superior, la confianza legítima en la estabilidad de las reglas jurisprudenciales y el derecho a la igualdad de las personas.⁴⁸

De conformidad con los dichos de esta corporación respecto de la vinculatoriedad de esta parte de la sentencia, el Consejo de Estado sostuvo que: “El adecuado manejo del precedente conlleva entonces la obligación de seguir el curso de decisión trazado en la *ratio decidendi* de una o varias sentencias previas, salvo si existen razones jurídicas particularmente poderosas que impongan modificarlo”.⁴⁹

En este orden de ideas, Santofimio Gamboa ha dicho que el carácter vinculante del precedente judicial está en directa relación con los razonamientos obligatorios incorporados de la parte motiva de las sentencias, relacionados con la situación fáctica que envuelve el caso y que fueron determinantes para la solución del litigio, es decir, la *ratio decidendi* de la misma.

Este autor remarca que, conforme la jurisprudencia constitucional, no todo el contenido decisonal es vinculante para efecto de la teoría del precedente. El mismo tan solo se deduce de la *ratio decidendi* de los fallos; es de aquí donde surgen las reglas obligatorias que reiteradamente deben ser invocadas en la motivación de las providencias con el fin de mantener la seguridad jurídica, y los principios de igualdad, buena fe y debido proceso dentro del Estado de derecho, en cada providencia judicial.

Por último, en la sentencia citada en el primer párrafo, la Corte Constitucional explicó que constituye un mero *dictum*, “toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”.⁵¹

⁴⁸ Este argumento se encuentra íntimamente vinculado con la dimensión axiológica, por lo cual se volverá sobre éste en el punto II. 6.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación 11001-03-15-000-2018-04505-00(PI), consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia del 12 de marzo del 2019. Mismo sentido, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, nros. de radicación: 11001-03-15-000-2018-03304-01(AC), 11001-03-15-000-2018-02132-00(AC), 11001-03-15-000-2018-01924-00(AC) y 11001-03-15-000-2018-01621-00(AC), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencias del 2 de abril de 2019, del 21 de agosto de 2018 y 10 de julio de 2018, respectivamente.

⁵⁰ Santofimio Gamboa, J. (2010). “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano.” En IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010, y XI Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad de Externado de Colombia, septiembre de 2010.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 1999, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Luego, en la sentencia T-292 de 2006, agregó que esta parte consiste en “aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las ‘consideraciones generales’, las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa a resolver”. En ambas sentencias afirmó que éste no tiene fuerza vinculante y que constituye criterio auxiliar de interpretación.

En mismo sentido, la Sala Plena en lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el caso radicado bajo el N° 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317) (consejera ponente: María Adriana Marín, sentencia del 1° de agosto de 2019), en la cual desestimó el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial interpuesto por la parte actora, definió a los *obiter dicta* como aquellos “argumentos, frases y enunciados contenidos en la parte considerativa de las providencias, que cumplen distintas funciones textuales como pueden ser descripciones, reconstrucciones temáticas, explicaciones y presentación de argumentos, la aplicación de test constitucionales, las referencias doctrinales o de autoridad, y las referencias y desarrollos del derecho comparado” y agregó que estos, a diferencia de lo que ocurre con la *ratio decidendi*, no poseen virtualidad de servir como fundamento del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.⁵²

Sin perjuicio de lo expuesto, en un pronunciamiento del año 2001, la Corte Constitucional especificó que los *obiter dicta* no necesariamente deben ser descartados como materiales irrelevantes en la interpretación del derecho. Ello porque en muchos casos permiten interpretar cuestiones jurídicas importantes en casos posteriores que tengan situaciones de hecho distintas, aunque no necesariamente deban ser seguidos en posteriores decisiones. “Así, puede ocurrir que carezcan completamente de relevancia jurídica, [o bien que] sirvan para resolver aspectos tangenciales que se plantean en la sentencia, pero que no se relacionan directamente con la decisión adoptada, o que pongan de presente aspectos que serán esenciales en decisiones posteriores, pero que no lo sean en el caso que se pretende decidir”.⁵³

Por otro lado, cabe señalar que esta corporación, al haber reconocido que la identificación de la *ratio decidendi* de un caso no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, elaboró una serie de criterios para identificar adecuadamente aquella (si bien corresponde aclarar que lo realizó haciendo alusión a las sentencias de constitucionalidad).⁵⁴

Así, sostuvo que nos encontramos ante aquella cuando: “i) la sola *ratio* constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución; ii) la *ratio* es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución”. Agregó que “la *ratio* generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia

⁵² Mismo criterio en sentencia C-335 de 2008, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico”.

Por último, indicó que para establecer la *ratio decidendi* de una providencia, en principio, deben tenerse en cuenta las sentencias posteriores a la cuestión constitucional inicialmente tratada, pero anteriores al caso que se habrá de decidir, sobre el mismo asunto, proferidas por la Corte.

II. 3. Dimensión estructural

II.3. a) Definición

Ratti Mendaña tiene dicho que esta dimensión hace referencia a una clasificación de tipo cuantitativo, relacionada con el número de decisiones judiciales necesario en un sistema jurídico para que aquellas tengan incidencia en las decisiones que los jueces sucesivos tomarán en casos análogos.

Añade que la presente dimensión posee diversas manifestaciones. Por un lado están aquellos ordenamientos en los que una sola decisión judicial es suficiente para tener valor en casos posteriores, mientras que hay otros en los que se exige una cantidad determinada de decisiones judiciales o una cierta línea jurisprudencial. Por último, menciona que hay ordenamientos jurídicos que son mixtos, en los cuales en ciertas circunstancias se exige la concurrencia de un número determinado de precedentes, mientras que en otras basta con uno solo.⁵⁵

II. 3. b) Desarrollo jurisprudencial

En el caso de Colombia, conforme se expondrá a continuación, puede apreciarse que no existe un criterio consolidado entre las Altas Cortes –ni al interior de estas– sobre la cantidad de decisiones judiciales que se requieren para incidir en casos posteriores.

Así, en la sentencia T-830 de 2012 la Corte Constitucional manifestó que

es importante aclarar que en el caso de las sentencias de unificación de tutela (SU) y de control abstracto de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, *basta una sentencia para que exista un precedente*, debido a que las primeras unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos, y las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política.⁵⁶

⁵⁵ Ratti Mendaña, *op. cit.*, p. 84.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia T-830 de 2012, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Este criterio fue replicado años después en la sentencia T-360- de 2014.⁵⁷

Siguiendo esta línea de pensamiento, en la sentencia T-292 de 2006 esta corporación se refirió al precedente como “*aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla –prohibición, orden o autorización– determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes*”.⁵⁸

Sin perjuicio de la línea de pensamiento que venía manteniendo, en el 2015, al expedirse en la citada sentencia SU-053 de 2015, definió al precedente como “*la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo (el destacado me pertenece)*”.⁵⁹

Un año después, esta corporación manifestó que en el caso en cita no se había configurado el defecto por desconocimiento del precedente constitucional, por cuanto en la materia analizada no existía “*una decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, o varias sentencias de las Salas de Revisión que constituyan un precedente de obligatorio acatamiento o, en otros términos, una jurisprudencia en vigor, cuyo desconocimiento conlleve a una violación del debido proceso*”.⁶⁰

Por su parte, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado definió al precedente como “*el conjunto de razones reiteradas, amplias y consolidadas por el juez para dirimir los conflictos que conoce, que deben ser tenidas en cuenta al resolver controversias posteriores siempre que entre el asunto ya decidido y el que está por resolverse medie una correspondencia entre las situaciones fácticas y jurídicas*”.⁶¹

Sin embargo, en sentido contrario, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado afirmó que basta con que exista una sola decisión que fije una regla de derecho para que pueda hablarse de precedente. Así, luego de definir el concepto de precedente, apuntó que:

En [aquel] basta que se fije una regla o subregla de derecho, es decir, un marco jurídico que desde el momento en que se expresa, empezará a integrar el ordenamiento jurídico. *Mal podría decirse que se requieren varias decisiones que fijen la misma regla o subregla para que integre el ordenamiento jurídico, o que la expresión de la regla o subregla en una sola decisión no resulte vinculante*, pues, precisamente,

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia T-360 de 2014, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁹ En este caso, la CC parecería seguir lo expresado por la CC de 1999. En la sentencia SU-047 de 1999 (magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero) afirmó que “son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto”, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente “puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es *aprobada* por los jueces posteriores” (el destacado me pertenece). Del verbo “aprobada”, parecería desprenderse que se necesita de más de una sentencia para que la *ratio decidendi* de la primera pueda ser vinculante.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-395 de 2016, magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo.

dicha tarea se ejerce a partir de las competencias asignadas a las altas cortes en la Constitución Política cuando les asigna la función de ejercer como tribunal supremo (...). Adicionalmente, a diferencia de la doctrina probable, en el precedente basta una decisión que fije una regla o subregla para que sea obligatoria y vinculante.⁶²

Para finalizar este punto del análisis, resulta necesario mencionar que esta última afirmación efectuada por el Consejo de Estado respecto de la doctrina probable resulta conteste con lo precisado por la Corte Constitucional. Así, en la sentencia C-621 de 2015 expresó que

la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión.⁶³

De conformidad con lo expuesto, cabe aclarar que si bien la doctrina probable y la del precedente presentan similitudes, no son idénticas, por lo cual no corresponde al presente estudio el análisis del requisito cuantitativo de las tres decisiones uniformes.⁶⁴

Por último, corresponde mentar que, en una sentencia relativamente reciente, la Sala de Casación Civil de la CSJ hizo referencia a la aplicación del precedente “consolidado” y puntualizó que aquel había sido fijado en *varias* sentencias anteriores,⁶⁵ de lo cual podría colegirse que dicha Alta Corte

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nros. de radicación: 11001-03-15-000-2019-00846-00(AC), 11001-03-15-000-2019-00048-00(AC) y 11001-03-15-000-2019-00519-00(AC), consejero ponente Carmelo Perdomo Cuéter, sentencias del 3 de abril de 2019, 18 de marzo de 2019 y 6 de marzo de 2019, respectivamente (el destacado me pertenece).

⁶² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación: 44001-23-31-002-2002-00438-01(AG) REV, magistrado ponente: Alberto Yepes Barreiro, sentencia del 4 de junio de 2019 (el destacado me pertenece).

⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-621 de 2015, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁴ Para un estudio más exhaustivo sobre las similitudes y diferencias de la doctrina probable y la del precedente, véanse: Lozada Pimiento, N. (2018). “La doctrina probable: ¿criterio auxiliar o legislación judicial?”. En *Revista Ámbito Jurídico*, disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/la-doctrina-probable-criterio-auxiliar-o>, y Rodríguez Bermúdez, M. (2020) “Los interrogantes que suscita la coexistencia de las instituciones de la doctrina probable y el precedente en Colombia”. En *Revista de Derecho Privado de la Universidad del Externado de Colombia*, N° 5, disponible en: <https://red.uexternado.edu.co/los-interrogantes-que-suscita-la-coexistencia-de-las-instituciones-de-la-doctrina-probable-y-el-precedente-en-colombia>.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia AC665 de 2020, magistrado ponente: Luis Alonso Rico Puerta (el destacado me pertenece). La CSJ menciona las sentencias “CSJ AC013-2017, 12 ene.; CSJ AC2560-2018, 25 jun.; CJS AC3771-2018, 5 sep.; CJS AC1836-2019, 21 may.; entre otras”

se inclinaría por la existencia de una línea jurisprudencial para que las decisiones judiciales tengan incidencia en aquellas que adoptarán los jueces en futuros casos análogos.

II. 4. Dimensión de la eficacia

Ratti Mendaña, citando a Taruffo, enseña que la dimensión de la eficacia del precedente se refiere a la intensidad con la que ese precedente influye en la decisión judicial posterior y que probablemente es la dimensión más troncal de la doctrina del precedente y, a su vez, la más compleja.⁶⁶

Previo a pasar al estudio de los pronunciamientos de las Altas Cortes en relación con la fuerza de los precedentes verticales y horizontales, resulta pertinente comentar que la Corte Constitucional, en una sentencia del 2015, afirmó que el precedente judicial constituye fuente de derecho e hizo referencia a pronunciamientos anteriores, en los cuales sostuvo que “a través del estudio caso a caso, los jueces fijan reglas que precisan y llenan de contenido las disposiciones legales, por lo tanto, se convierten en parte de las mismas que deben ser tenidas en cuenta en casos posteriores. Por consiguiente, esta Corporación ha expuesto que los precedentes no son solo orientadores en la labor de administración de justicia, sino también obligatorios”.⁶⁷

En similar sentido, la Corte Suprema de Justicia, luego de hacer mención de las definiciones del término precedente dadas por la CC y por la doctrina, explicó que los jueces se encuentran obligados a reconocer el precedente y, en caso de apartarse de aquel, a brindar las razones pertinentes (todo lo cual no afecta ni desconoce la autonomía de la que están dotados los magistrados).⁶⁸

Sin perjuicio de ello, en un fallo contemporáneo, la Sala de Casación Laboral de dicha Alta Corte se refirió a la “fuerza persuasiva, casi vinculante y su relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad [del precedente]”.⁶⁹

⁶⁶ Ratti Mendaña, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2015, magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. En igual sentido, Corte Constitucional en sentencia T-634 de 2011, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva: “El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante”.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia STL11871 de 2020, magistrado ponente: Omar Ángel Mejía Amador.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia STL10015 de 2021, magistrado ponente: Fernando Castillo Cadena. Allí dispuso que “con relación al desconocimiento del precedente judicial ya ampliamente destacado, si bien es cierto el juez puede apartarse del mismo, no lo es menos que para ello debe efectuar una argumentación suficiente de las razones de su disenso, para de esa manera, no conllevar a la existencia de un defecto sustantivo en una decisión judicial, en la medida en que el respeto al

II. 4. a) Fuerza del precedente vertical

La Corte Constitucional, en la referida sentencia T-292 de 2006, al referirse al precedente vertical, afirmó que “la exigencia de seguir el precedente también compete a los jueces y tribunales de instancia, frente a las decisiones tomadas por sus superiores, con el fin de armonizar y unificar la jurisprudencia”.

En un fallo posterior, agregó que “al emitir sus providencias, los jueces deben tomar en cuenta los precedentes existentes en relación con el tema, que pudieren resultar aplicables, especialmente aquellos que han sido trazados por las altas corporaciones judiciales que, en relación con los distintos temas, tienen la misión de procurar la unificación de la jurisprudencia”.⁷⁰

Años más tarde aseveró que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política, “las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura –autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones– y la Corte Constitucional –en todos los casos, como guardián de la Constitución–, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia”.

Asimismo, y vinculado con la dimensión de variabilidad, agregó que, en virtud de la autonomía e independencia reconocida constitucionalmente a los jueces, estos pueden apartarse de dichas decisiones, pero siempre y cuando medie una argumentación explícita y razonada de su apartamiento.⁷¹

Por otro lado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso en el cual hizo lugar a una acción de tutela contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (por cuanto entendió que dicho organismo había incurrido en la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales denominada “desconocimiento del precedente judicial”), explicó, en primer lugar, que el precedente vertical resulta vinculante y ello, en virtud de los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, como así también como consecuencia del derecho a la igualdad,⁷² todos ellos consagrados constitucionalmente. Respecto de dicho precedente, sostuvo que “al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del

precedente es un deber de todas las autoridades judiciales, dada su fuerza persuasiva, casi vinculante y su relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad”.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia T-014 de 2009, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-621 de 2015, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Mismo criterio que en sentencia SU-241 de 2015, magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, donde la Corte sostuvo que “la generación y el acatamiento del precedente ostentan particularidades en el caso de los órganos de cierre, como la Corte Suprema de Justicia, por la relevancia sistémica de sus funciones que también incluyen la materialización de los derechos fundamentales”. Refiriéndose exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, expresó que “debe aplicar los principios de igualdad frente a la ley, buena fe y confianza legítima a través de sus fallos; unificar la jurisprudencia en el marco de sus competencias; dar seguridad jurídica a la ciudadanía y velar por la efectividad de los derechos fundamentales a través del conocimiento del recurso extraordinario de casación”.

⁷² Corresponde remarcar que lo dicho por la Sala se encuentra íntimamente vinculado con la dimensión axiológica.

superior, a menos que de manera suficiente y coherente explique las razones que motivan a apartarse de la misma”.

Por último, en lo que respecta a la jurisdicción ordinaria remarcó que los funcionarios judiciales se encuentran “obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia”.⁷³

Relacionado a esto último, en una reciente sentencia de abril del 2020, esta Sala hizo lugar a una acción de tutela instaurada por la actora contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por entender que la autoridad judicial accionada había incurrido en el desconocimiento de los pronunciamientos que la Corte Suprema de Justicia había proferido en casos que guardaban identidad fáctica con el de la accionante y asimismo se había abstenido de exponer las razones por las cuales se había apartado de dichas decisiones.⁷⁴

En cuanto a la influencia del precedente emanado del Consejo de Estado, debe traerse a colación la causa radicada bajo el N° 11001-03-15-000-2018-03678-01(AC), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia del 4 de marzo de 2019, proferida por la Sección Segunda de la Sala en lo Contencioso Administrativo.

En este caso, esta última revocó la sentencia proferida por la subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por cuanto entendió que aquella había incurrido en la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra pronunciamientos judiciales denominada desconocimiento del precedente. En el caso, el accionante había instaurado una demanda contencioso-administrativa contra la Nación, con el propósito de que se la declarara administrativamente responsable del deceso de su hijo (asesinado por militares) y que se ordenara el resarcimiento de los correspondientes daños. Sin embargo, los magistrados accionados no concedieron una reparación integral, argumentando que no todos los rubros habían sido solicitados en la demanda. La aludida Sección Segunda consideró que esta postura era contraria a la jurisprudencia del Consejo de Estado, el cual, en pronunciamientos anteriores, había afirmado que, ante casos de responsabilidad agravada del Estado, el juez se encuentra obligado a adoptar las medidas necesarias en aras de resarcir las consecuencias adversas de una grave infracción a los derechos humanos.

Por otra parte, cabe mencionar que hay parte de la doctrina colombiana que reconoce la figura del precedente en el terreno de la Administración Pública. Así, Santofimio Gamboa expresó que este precedente busca que, a través de decisiones administrativas sujetas a la legalidad pero también

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, fallo STL 3186 de 2020, magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. En igual sentido, misma Sala y mismo magistrado ponente en fallos STL 3191 de 2020, STL 3199 de 2020 y STL 3202 de 2020.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, fallo 57158 de 2020, magistrado ponente: Iván Mauricio Lenis Gómez. Asimismo, asociado con la dimensión de variabilidad del precedente, indicó que la acción de tutela contra una decisión judicial (por haber ésta desconocido un precedente judicial aplicable), resulta procedente cuando “el funcionario censurado se aparta de los pronunciamientos de los órganos de cierre (precedente vertical) o de autoridades homólogas (precedente horizontal), con relación a casos con la misma identidad fáctica, sin referirse previamente a la decisión primigenia y sin asumir la carga argumentativa necesaria y suficiente para alejarse de su contenido”.

respetuosas de los principios constitucionales de igualdad y buena fe, se ofrezca plena seguridad jurídica a los asociados. Para esto, inevitablemente se le debe reconocer fuerza vinculante a las decisiones administrativas que fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado. De esta manera, a un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, se le debe aplicar la misma concepción jurídica y solución en derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la reiteración de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad.⁷⁵

II. 4. a) 1. Sentencias emanadas de la Corte Constitucional

Inveterada jurisprudencia de la Corte Constitucional ha afirmado que, al ser aquella la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, la interpretación que haga de esta última es vinculante para todos los operadores jurídicos, administrativos o judiciales.

Así las cosas, en la sentencia C-539 de 2011 apuntó que

si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia –como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa– sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar (...). Por tanto, esta Corte ha precisado que el precedente constitucional es vinculante y que su desconocimiento por parte de los servidores públicos tanto administrativos como judiciales, da lugar a (i) la interposición de acciones judiciales, como la tutela, y (ii) da lugar a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, al configurarse dicho desconocimiento como una vía de hecho judicial.⁷⁶

En igual sentido –y en relación con la dimensión axiológica– en la sentencia SU-068 de 2018 la CC precisó que “su precedente posee fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos, entre ellos, los jueces. Se trata de materializar el respeto de los principios de la igualdad, la supremacía de la Carta Política, el debido proceso y la confianza legítima, mandatos que obligan a que los jueces tengan en cuenta las decisiones de esta Corte, al decidir los asuntos sometidos a su competencia”.

⁷⁵ Santofimio Gamboa, *op. cit.*, p.153.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Asimismo, en la sentencia T-737 de 2015 (caso en el cual la Corte Constitucional ordenó al Tribunal Superior de Medellín a que emitiera un nuevo fallo conforme al criterio de condición más beneficiosa que en materia de pensión por invalidez había establecido aquella), hizo mención del denominado “precedente constitucional”, al cual definió como “conjunto de pautas de acción que informan un determinado asunto, identificadas por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, sobre el alcance de las garantías constitucionales o de la congruencia entre las demás normas que componen el ordenamiento jurídico y la Constitución”.⁷⁷

Respecto de la intensidad con la que esta figura jurídica influye sobre decisiones judiciales posteriores, sostuvo que se encuentra dotada de carácter vinculante para todas las instancias anteriores, como así también para “los órganos de cierre de las demás jurisdicciones, que, en aras de la constitucionalización del derecho, deben procurar por una interpretación sistemática del mismo, que comprende la interpretación auténtica de la Constitución”.⁷⁸

De conformidad con la postura de la CC, en un reciente pronunciamiento, la Sala de Casación Civil de la CSJ dejó sin efecto una sentencia (y ordenó dictar una nueva) de la Sala de Casación Laboral, en tanto entendió que esta última había desconocido el precedente de la Corte Constitucional, sobre la interpretación más favorable al trabajador de la cláusula de la Convención Colectiva que reconoce la pensión de jubilación convencional (que había sido invocada por el actor).⁷⁹

Finalmente, no debe dejar de mencionarse que el Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre esta cuestión. En consonancia con el criterio referido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo declaró que las providencias que profiere la Corte Constitucional en las cuales fija el alcance de una norma (en el caso del control abstracto de constitucionalidad) o determina el alcance de un derecho constitucional fundamental (al ejercer su función de revisión de las acciones de tutela), pasan a formar parte de las fuentes formales del derecho y tienen carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República.⁸⁰

II. 4. a) 1. 1. Influencia de las sentencias de la Corte Constitucional en materia de tutela

Como se mencionó en el punto II. 2 (en el cual se analizó la dimensión objetiva),⁸¹ la Corte Constitucional ha señalado que el precedente judicial en materia de tutela posee fuerza vinculante.

Dicha valoración, como pudo observarse en pronunciamientos posteriores, fue sostenida por esta

⁷⁷ Esta definición es reiterada en la sentencia SU-298 de 2015, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2015, magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC6879 de 2021, magistrado ponente: Francisco Ternera Barrios.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación: 44001-23-31-002-2002-00438-01(AG)REV, consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, sentencia del 4 de junio de 2019.

⁸¹ Véase Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

corporación a lo largo del tiempo. A modo de ejemplo, se cita la sentencia C-539 de 2011, en la cual la Corte, remitiéndose a fallos anteriores y haciendo especial referencia a la sujeción de las autoridades administrativas a la ley y a los precedentes judiciales dictados por las Altas Cortes, adujo que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi* constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma.⁸²

Reiteró que “si bien la parte resolutoria de los fallos de revisión obligan tan solo a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto concreto revisado y que en cuanto fija el contenido y alcance de los preceptos constitucionales, hace parte del concepto de ‘imperio de la ley’ a la cual están sujetos los jueces y las autoridades públicas de conformidad con el artículo 230 Superior”.

II. 4. a) 2. Intensidad del precedente producto de sentencias de unificación

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado afirmó que cuando el Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia cumplen la función constitucional de unificar la jurisprudencia en torno a un tema (lo cual brinda coherencia al sistema jurídico), están generando un precedente de obligatorio acatamiento para los jueces, la administración y los administrados en general. Explicó que negarle carácter obligatorio generaría incoherencias en el sistema como también tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, lo cual afectaría principios de rango constitucional como el de la seguridad jurídica y la confianza legítima.⁸³

Posteriormente, la Sección Segunda de dicha Sala, aplicando la regla jurisprudencial fijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, rechazó la petición de la actora, quien solicitó que se le reliquidara su pensión por vejez incluyendo todos los factores de salario devengados durante su último año de servicio. Al respecto, recordó que las sentencias de unificación constituyen precedentes vinculantes y obligatorios para la resolución “de casos fáctica y jurídicamente iguales”.⁸⁴

⁸² Este criterio ya había sido sentado años atrás por esta corporación en sentencias T-439 de 2000, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero y C-252 de 2001, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁸³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación: 44001-23-31-002-2002-00438-01(AG)REV, magistrado ponente: Alberto Yepes Barreiro, sentencia del 4 de junio de 2019.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación 54001-23-33-000-2013-00334-01(2308-15), magistrado ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia del 12 de agosto de 2019. En igual sentido se pronunció en los siguientes casos: nro. de radicación 25000-23-42-000-2016-01322-01(2196-18) y 68001-23-33-000-2013-01041-01(4361-16), mismo magistrado ponente, sentencias del 20 de junio de 2019 y 6 de diciembre de 2018.

En un caso análogo, en el cual dicha Sección tenía que analizar si correspondía reliquidar la pensión de la actora (docente del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), sostuvo que el problema jurídico de autos debía resolverse aplicando las reglas fijadas por el precedente contenido en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, “la cual es de obligatoria aplicación en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial”.⁸⁵

II. 4. b) Fuerza del precedente horizontal

Sin perjuicio de la posición de la Corte Constitucional respecto de la vinculatoriedad del precedente horizontal,⁸⁶ de las sentencias a las que se hará referencia a continuación surge que la Corte Suprema de Justicia todavía no ha adoptado un criterio uniforme al respecto.

Así, la Sala de Casación Civil ha dicho en una sentencia del año 2013 que

los jueces están perfectamente facultados para decidir de manera independiente y autónoma, ya que acoger el precedente jurisprudencial o de cumplir con la carga de exponer los motivos por los cuales no se atiende, solo recae cuando aquel proviene de un superior jerárquico, mas no como aquí acontece con otros funcionarios situados en el mismo vértice o en grado inferior de la estructura de la administración de justicia, evento en el cual lo único exigible es que la providencia se encuentre debidamente motivada.⁸⁷

Por su parte, la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal dejó sin efecto las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas, las cuales le habían negado al accionante la concesión de su libertad condicional. Si bien este último alegó que el fallo de primera instancia resultaba violatorio del derecho a la igualdad porque se había apartado del precedente horizontal sentado por la Juez Cuarta en una anterior oportunidad, la Corte sostuvo que ambas sentencias habían incurrido en un desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes (tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia) y, por ello, habían incurrido en un defecto sustantivo. Respecto del precedente horizontal, manifestó que “los jueces inferiores, aquellos distintos a las Altas Cortes,

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 50001-23-33-000-2013-00248-01 (0535-16), magistrado ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia del 25 de julio de 2019.

⁸⁶ Véanse sentencias de la Corte Constitucional, C-194 de 1995, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo, C-447 de 1997, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero y T-794 de 2011, magistrado ponente: Jorge Iván Palacio.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicación nro. 2013-01713-01, sentencia del 11 de octubre de 2013. Este fallo es citado (y su criterio reiterado) por la Sala de Casación Civil en fallos: AHC 182 de 2019, magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo y STC 5086 de 2019, magistrado ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

no están obligados a aplicar el precedente judicial horizontal, es decir, el precedente de su despacho y de sus pares, pues estos, en realidad, tienen que analizar la vinculatoriedad del precedente vertical, en este caso, la doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Penal como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria”.⁸⁸

En igual sentido, la misma Sala en sentencia STP 16219 de 2019 (en la cual rechazó la acción de tutela interpuesta por el accionante contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y el Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma sede judicial, quien alegó la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad)⁸⁹ sostuvo que “de otro lado, tampoco puede predicarse vulnerado el derecho fundamental a la igualdad, porque el precedente horizontal no es vinculante y no mostró el actor identidad entre los supuestos de hecho frente a los cuales se realiza la comparación”.⁹⁰

Por último, la Sala de Casación Laboral expresó en la decisión SL 4099 de 2019 que “el precedente horizontal únicamente se puede predicar [y resulta vinculante] del mismo juez o Sala de decisión y no respecto de otras autoridades judiciales de la misma jerarquía, ello en razón al principio de autonomía e independencia judicial de que gozan los jueces, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política”.⁹¹

Sin perjuicio de lo dicho hasta acá, en una sentencia de marzo de 2019, la Sala de Casación Civil revocó una sentencia de la Sala de Casación Laboral por cuanto entendió que aquella había desconocido sus propios precedentes, en los que había desarrollado una tesis consolidada “frente a los conflictos laborales suscitados por extrabajadores de la empresa de servicios públicos de Cali –EMCALI– que reclamaron la reliquidación de su pensión de jubilación”. En este sentido, añadió que aquella sentencia había sido contraria a la jurisprudencia constitucional, al precedente horizontal y al principio de interpretación favorable al trabajador establecido en el artículo 53 de la Constitución Política.⁹²

Esta postura fue reiterada en la sentencia de esta Sala AC665 de 2020, en la cual el magistrado Luis Alonso Rico Puerta resolvió una cuestión de competencia a la luz de los precedentes de ésta.⁹³

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas nro. 2 de la Sala de Casación Penal, sentencia en STP 15806 de 2019, magistrado ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

⁸⁹ En particular, solicitó la prescripción de la sanción que le había sido impuesta (correspondiente al delito de estafa) alegando, entre otros, que en un caso idéntico al suyo, un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad había decretado la prescripción de la pena de 72 meses de prisión que había sido impuesta por el delito de estafa.

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia STP 16219 de 2019, magistrado ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL 4099 de 2019, magistrado ponente: Dolly Amparo Caguasango Villota. Esta postura fue mantenida en la sentencia *ut supra* citada STL10653 de 2021, magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas, en la que –se reitera– esta Sala determinó que las Altas Cortes tenían el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones.

⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC 3117 de 2019, magistrado ponente: Luis Alonso Rico Puerta. En igual sentido, misma Sala en STC 9677 de 2019, magistrado ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.

⁹³ Allí sostuvo: “Conforme a un sólido precedente (Cfr. CSJ AC013-2017, 12 ene., CSJ AC2560-2018, 25 de junio, CJS AC3771-2018, 5

II. 4. c) Acatamiento del precedente por las autoridades administrativas

En la citada sentencia C-539 de 2011, la Corte Constitucional comenzó su exposición reiterando que todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley y que, como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.

Dicho esto, sostuvo que a raíz de lo dispuesto en los artículos 1,⁹⁴ 2,⁹⁵ 6,⁹⁶ 13,⁹⁷ 29,⁹⁸ 83,⁹⁹ 121,¹⁰⁰ 123,¹⁰¹ y

sep., CJS AC1836-2019, 21 de mayo, entre otras), que –al margen de alguna decisión completamente aislada en contrario– representa la postura del Despacho, determinar la competencia en casos como el presente exige aplicar la siguiente metodología.”

⁹⁴ Consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho, lo que presupone el sometimiento de todas las autoridades públicas, incluyendo a las autoridades administrativas y judiciales, a la Constitución y la ley, así como el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en todas las actuaciones y decisiones adoptadas por las autoridades administrativas, en cumplimiento de la necesaria adecuación de la actividad estatal al derecho, a los preceptos jurídicos superiores, a la ley y a la fijación del contenido y alcance que de estos preceptos realicen las máximas autoridades judiciales autorizadas por la propia Carta Política para ello.

⁹⁵ Establece que serán fines esenciales del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como que las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, finalidades superiores que se materializa en primera línea a través del cumplimiento de la obligación de las autoridades administrativas de obedecer y aplicar la Constitución y la ley, así como de acatar el precedente judicial o interpretación que de la Constitución y de la ley realicen las Altas Cortes al fijar el contenido y alcance de las mismas.

⁹⁶ Dispone que los servidores públicos serán responsables no solo por infringir la Constitución y las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, la remisión a la Constitución y a la ley o al “imperio de la ley”, de conformidad con la interpretación que esta Corporación ha hecho de éstas incluye también la legítima interpretación judicial del contenido y alcance de las mismas que realizan los máximos tribunales encargados por la propia Constitución de llevar a cabo esa tarea.

⁹⁷ Consagra el derecho a la igualdad en su modalidad de trato ante la ley y de trato por parte de las autoridades públicas, de manera que determina que todas las personas son iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación.

⁹⁸ Consagra el derecho fundamental al debido proceso y el principio de legalidad. La obligación de las autoridades administrativas de aplicar la Constitución y la ley y de tener en cuenta el precedente judicial para todas sus actuaciones y decisiones se deriva de forma directa de este mandato superior que garantiza el debido proceso y el principio de legalidad.

⁹⁹ Determina que las actuaciones de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

¹⁰⁰ Prescribe que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, reiterando la sujeción de todas las autoridades públicas a la Constitución y a la ley, así como la vigencia del debido proceso y del principio de legalidad.

¹⁰¹ Consagra una vinculación positiva de todos los servidores públicos y de todas las autoridades a la Constitución, la ley y el reglamento, en los siguientes términos: “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

209¹⁰² de la Constitución Política, todas las autoridades públicas administrativas, en el ejercicio de sus funciones y para la adopción de sus decisiones, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley y que esta sujeción “implica el necesario acatamiento de las decisiones judiciales y del precedente judicial dictado por las Altas Cortes en la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, por cuanto son los máximos órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, interpretación que se incorpora al entendimiento y aplicación de los preceptos jurídicos”.

Por último y, en relación con la dimensión de variabilidad, señaló que “las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada”.

Concluyó este tema remarcando que una vez que la interpretación de la ley y de la Constitución es establecida por las Altas Cortes (en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional), el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial, obligación que se torna absolutamente estricta cuando se trata de decisiones de control abstracto de constitucionalidad con efectos *erga omnes*.¹⁰³

II. 4. d) Prevaricato

En cuanto al deber de obediencia que pesa sobre los jueces respecto del precedente, cabe agregar que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han relacionado dicha obligación con la figura jurídica del prevaricato. En sus comienzos,¹⁰⁴ la Corte Constitucional planteó que el delito de prevaricato por acción se cometía únicamente cuando los servidores públicos (incluidos los jueces de la República, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, entre otros) emitían una resolución, dictamen o concepto que resultaba

¹⁰² Prescribe que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

¹⁰³ Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Amén de lo expuesto, cabe recordar que en el punto II se señaló que en la sentencia C-634 de 2011 la CC refirió que en aquellos casos en los cuales hay interpretaciones judiciales divergentes, la Administración Pública deberá optar por aquella “que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales”.

¹⁰⁴ Véase Corte Constitucional, sentencia C-335 de 2008, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. En esta ocasión, la CC declaró exequible el artículo 413 del Código Penal (que había sido acusado de inconstitucionalidad por supuestamente dejar sin sanción la violación de normas constitucionales y la violación de los precedentes judiciales de las Altas Cortes).

ser *manifiestamente* contrario a la CP, la ley o el acto administrativo de carácter general (ello así, en virtud del principio de legalidad).

En este orden de ideas, explicó que hay casos en los cuales una disposición (ya sea legal o constitucional) ofrece un sentido unívoco, claramente aplicable para la resolución del caso concreto, por lo cual la labor del juez consiste en una simple subsunción. Ante este escenario, colige que en estos casos, “cuando los servidores públicos se apartan de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes (...), pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente”.

A continuación, describió que hay otros casos en los cuales las disposiciones poseen un elevado grado de indeterminación, por lo cual su significado no es unívoco ni su aplicabilidad al caso concreto es aceptable por consenso o unanimidad. Es decir que no se trata por tanto de una fácil labor de subsunción de un supuesto de hecho a lo prescrito en un enunciado normativo. Señaló que, en estos casos, suele ocurrir que, dado el elevado carácter abierto que ofrece la disposición constitucional o legal, algunas Salas de las Altas Cortes hayan derivado unas normas jurídicas y otras unas distintas, con lo cual ni siquiera se cuente con una jurisprudencia considerada constante en la materia.

Ante este escenario, estimó que

la existencia de mecanismos en el ordenamiento jurídico encaminados a controlar jurídicamente a los jueces de inferior jerarquía en el sentido de acatar la precedentes sentados por las Altas Cortes, como lo es el recurso extraordinario de casación, son suficientes para garantizar el carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por aquellas, sin tener que recurrir a una medida tan drástica de intervención en el derecho fundamental de la libertad individual, como lo es un proceso penal por la comisión de un delito de prevaricato por acción.

Concluyó que el delito de prevaricato por acción no se comete por una simple disconformidad que se presente entre una providencia, resolución, dictamen o concepto y la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes, a menos que (i) se trate de un fallo de control de constitucionalidad de las leyes o (ii) que el apartamiento de la jurisprudencia sentada por aquellas comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general.¹⁰⁵

Posteriormente, en las sentencias C-539 de 2011 y C-634 de 2011 la CC (además de reiterar las ideas que se delinearón en el mencionado fallo) señaló que

el desconocimiento de un fallo de control de constitucionalidad, por las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, por aplicación de una norma legal que haya sido declarada inexecutable por

¹⁰⁵ Sobre esto último, manifestó que “a efectos de determinar si realmente un servidor público, en un caso concreto, incurrió en el delito de prevaricato por acción por desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte la cual comporte, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, resultará indicativo examinar si se está en presencia de un manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante”.

la Corte, puede implicar la comisión del delito de prevaricato, y que es vinculante tanto la parte resolutive como las consideraciones que fundamentan de manera directa e inescindible tal decisión.¹⁰⁶

En la jurisprudencia de la CSJ también se han podido verificar pronunciamientos al respecto. Así, en la sentencia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia analizó la posibilidad de que un funcionario público cometa el delito de prevaricato al apartarse irregularmente de la solución anterior de un caso. Al respecto, aquella Corte argumentó que sí se puede acusar de prevaricato a un funcionario público que se haya apartado de lo establecido por una Alta Corte, siempre que no haya una argumentación justificada de las razones por las que procedió con la decisión de pasar por alto el precedente vigente y fallar de forma contraria a lo resuelto por su superior jerárquico.¹⁰⁷

Tiempo después, aquella misma Sala volvió a expedirse sobre el tema en el año 2019. En este caso, confirmó la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, la cual condenó a un juez como autor del delito de prevaricato por acción agravado en concurso homogéneo y sucesivo. Ello así, en tanto entendió que el magistrado había desconocido el ordenamiento jurídico al haberse apartado groseramente de las normas y precedentes jurisprudenciales que gobernaban el asunto, en particular la sentencia C-187 de 2006, en la cual, al fijar el alcance del artículo 3º, numeral 1º de la Ley 1095 de 2006, la Corte Constitucional dispuso que la competencia territorial para resolver acciones de *habeas corpus* en primera instancia radicaba en los jueces del lugar donde los accionantes se encontraban privados de la libertad. En este sentido, afirmó que

este precedente (...) no constituye un criterio auxiliar sino un parámetro obligatorio de interpretación, oponible a todas las autoridades [y remarcó que] la jurisprudencia constitucional tiene carácter vinculante y cuenta con efectos *erga omnes*. Además, que, al tratarse de una sentencia de constitucionalidad modulativa, la interpretación determinada por el Alto Tribunal Constitucional se integra a la disposición examinada y complementa su alcance.¹⁰⁸

Como corolario, López Medina –luego de hacer un análisis de la sentencia C-335 de 2008– colige que “podría decirse que la amenaza de prevaricato por violación del precedente constante existe hoy claramente y es parte de los mecanismos de disciplina jurisprudencial que ha desplegado la Corte Constitucional con una cierta resonancia doctrinal en las actuaciones de la Fiscalía General y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencias C-539 de 2011, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silvey C-634 de 2011, magistrado ponente. En mismo sentido, véase sentencia T-656 de 2011, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SC39456 de 2013, magistrado ponente: José Luis Barceló Camacho.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP1142 de 2019, magistrado ponente: Luis Antonio Hernández Barboza.

¹⁰⁹ López Medina, D. (2015). “Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho”. En *Revista Judicial Precedente*, Vol. 7 (julio-diciembre), pp. 9-42.

II. 5. Dimensión temporal

La dimensión temporal del precedente se relaciona con el periodo de tiempo durante el cual el precedente conserva su influencia sobre decisiones judiciales futuras. Comprende dos manifestaciones: una, en la que el precedente no pierde valor por el mero transcurso del tiempo, y otra, en la que el precedente tiene un valor temporalmente limitado, es decir, pierde valor por el transcurso del tiempo. En este último supuesto puede suceder que el plazo de validez esté delimitado con exactitud o que, en la práctica, hubiera una tendencia a desconocer la fuerza de un precedente que posee cierta antigüedad o que hubiera sido dictado por una integración pasada (en cuyo caso, la fuerza del precedente se mantendría únicamente mientras subsistiera la composición del tribunal).¹¹⁰

Arribada a esta dimensión, resulta necesario dejar asentado que la búsqueda jurisprudencial llevada a cabo en las respectivas páginas oficiales de las Altas Cortes (en lo que atañe a esta dimensión), resultó infructuosa ya que no fue hallada sentencia alguna que haga expresa alusión a la relación entre el valor del precedente y el paso del tiempo.

II. 6. Dimensión axiológica

Ratti Mendaña describe que esta dimensión comprende aquellos valores o fundamentos en virtud de los cuales se justifica el reconocimiento de cierto respeto o fuerza al precedente (pueden estar contenidos en las normas que consagran la doctrina del precedente o consagrarse en la jurisprudencia referida al precedente).¹¹¹ En relación con esta dimensión, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo arguyó que “tanto en el sistema romano-germánico (continental) como en el *common law* [el papel del precedente] es preponderante, ya que garantiza tres pilares básicos en todo ordenamiento jurídico: (i) el derecho a la igualdad, (ii) la seguridad jurídica y (iii) el principio de buena fe”.¹¹²

En lo que atañe al derecho a la igualdad, ya en el año 1993 la Corte Constitucional había establecido que el contenido del derecho de acceso a la administración de justicia implica también el derecho a recibir un tratamiento igualitario.¹¹³

Allí sostuvo que

el artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 ídem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no solo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados

¹¹⁰ Ratti Mendaña, *op. cit.*, p. 97.

¹¹¹ Ratti Mendaña, *op. cit.*, p. 101.

¹¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317), consejera ponente: María Adriana Marín, sentencia del 1° de agosto de 2019.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia C-104 de 1993, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

judiciales, sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

Años más tarde, en la sentencia C-836 de 2001, dicha Corporación remarcó que el derecho a la igualdad comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades (la cual supone la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley). Explicitó que estas garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, ya que los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. En este sentido, expresó que “la comprensión integrada de estas dos garantías resulta indispensable para darle sentido a la expresión ‘imperio de la ley’, al cual están sometidos los jueces, según el artículo 230 de la Constitución”.¹¹⁴

Sobre el derecho a la igualdad, en el año 2015 declaró que la mencionada autonomía e independencia de la que están dotados todos los jueces no es absoluta, encontrándose uno de sus principales límites en “el derecho de toda persona a recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades judiciales que supone igualdad en la interpretación y en la aplicación de la ley”. Así, proclamó que “sentencias contradictorias de las autoridades judiciales en circunstancias en que aparentemente debería darse un trato igualitario, generan indefinición en elementos del ordenamiento y favorecen la contradicción o el desconocimiento del derecho a la igualdad de los asociados”. Concluyó que “las decisiones judiciales contradictorias no solo vulneran el derecho a la igualdad, también comprometen los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe”.¹¹⁵

Posteriormente, y también en relación con el principio de buena fe, en el año 2018 sostuvo que el precedente

se constituye en un pilar del Estado de Derecho, pues lo que busca es asegurar la coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, a través de decisiones judiciales que sean razonablemente previsibles. Por su alcance se constituye en una herramienta de protección de la confianza legítima y la buena fe, en la medida en que proscribiera el uso y la interpretación caprichosa de los elementos jurídicos aplicables por las autoridades judiciales al momento de resolver un caso sometido a su jurisdicción. Además, no cabe duda de que el respeto a las decisiones anteriores también obedece a la guarda del principio de igualdad, el cual resultaría transgredido si frente a casos idénticos se brinda una respuesta disímil.¹¹⁶

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹¹⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-241 de 2015, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-113 de 2018, magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Aquí reiteró lo expresado en la sentencia T-438 de 2016, magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Por otra parte –y vinculado con la seguridad jurídica– en la ya citada sentencia T-737 de 2015, esta corporación sostuvo que el precedente judicial es la figura jurídica que sirve como dispositivo de preservación de la confianza de la ciudadanía en el ordenamiento, al conllevar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de sus actos, que más que en las disposiciones jurídicas, se encuentra en la interpretación que de ellas se hace.¹¹⁷

Por otro lado, y respecto del respeto de los jueces al precedente vertical, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “tiene un carácter ordenador y unificador, en tanto asegura una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho”.

Añadió que “el respeto al precedente es una condición necesaria para la realización de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite”.

Por último, afirmó que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria se encuentran obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia no solo por razones de “seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también [por] el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción”.¹¹⁸

Por su parte, la Sala de Casación Civil sostuvo que

tanto la doctrina probable como los precedentes integran el concepto de jurisprudencia, éstos constituyen fuente de derecho, pues proyectan un valor vinculante o persuasivo en la actividad judicial posterior; de ahí que, en aplicación de los principios de igualdad y seguridad jurídica los jueces están obligados a seguirla al igual que atenerse a la ‘cosa juzgada constitucional’ o a justificar fuerte y razonadamente la decisión de apartarse.¹¹⁹

Finalmente y, en relación con el precedente horizontal, merece la pena traer a colación una lejana sentencia de la CC, en la cual esta última sostuvo que “todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas” en virtud de las siguientes razones. Primero “por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado

¹¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2015, magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia STL 3186 de 2020, magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en fallos STL 3191 de 2020, STL 3199 de 2020 y STL 3202 de 2020, magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC 3117 de 2019, magistrado ponente: Luis Alonso Rico Puerta. En el presente caso se revocó el fallo de primera instancia por encontrarlo contrario a la jurisprudencia constitucional, al precedente horizontal y al principio de interpretación favorable al trabajador establecido en el artículo 53 de la Constitución Política.

estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles”. En segundo lugar, porque la seguridad jurídica “es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades”. La tercera razón es el respeto al principio de igualdad “puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez”. En último lugar, “como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos”.¹²⁰

II. 7. Dimensión de la variación

Ratti Mendaña explica que esta dimensión se refiere a:

(i) las circunstancias concretas que habilitan el abandono o el cambio de un precedente judicial en un ordenamiento jurídico determinado; (ii) los tribunales específicos que pueden llevar a cabo ese abandono o ese cambio; (iii) los procedimientos o requisitos necesarios para que se produzca esa modificación (por ejemplo, un quórum o mayoría calificados, una mayor carga de la argumentación); y (iv) los efectos (retroactivos o prospectivos) que ese cambio jurisprudencial posee.¹²¹

Conforme surge de las dimensiones anteriores, la jurisprudencia considera que tanto el precedente vertical como el horizontal¹²² poseen fuerza obligatoria. Ello, no obstante, en paralelo se fue gestando y desarrollando la idea de que hay ciertos supuestos en los cuales el juez se encontraría habilitado para apartarse del precedente, sin violar principios y derechos constitucionales.

Así, al referirse a la jurisprudencia constitucional, la Corte Constitucional sostuvo que el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional no deben ser sacralizados, ya que ello podría petrificar el derecho, como también “podría provocar inaceptables injusticias. Las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro”.¹²³

¹²⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 1999, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹²¹ Ratti Mendaña, *op. cit.*, p. 98.

¹²² Recordar que en lo que atañe a la vinculatoriedad de este precedente, la jurisprudencia no es unánime; véase *Dimensión institucional*.

¹²³ Corte Constitucional, sentencia C-194 de 1995, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Esto mismo fue dicho por esta Corporación en la sentencia SU-047 de 1999, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero, en la cual agregó que “en otros

En lo concerniente a este precedente, la Sala Plena del Consejo de Estado sostuvo que “los jueces solo podrán apartarse de esa doctrina cuando los supuestos del caso sometido a su conocimiento difieran del que resolvió la Corte, razón que hace inaplicable la *ratio decidendi* de la sentencia o demuestren que los valores, los principios o derechos constitucionales se verán protegidos de una mejor manera con la interpretación que el funcionario judicial hará para el caso concreto”.¹²⁴

En mismo sentido, y respecto del precedente judicial en general, en la sentencia T-014 de 2009 la Corte Constitucional afirmó que los jueces no se encuentran forzosamente atados a los precedentes existentes, ni aun tratándose de precedentes verticales. Sino que, en virtud de la autonomía de la cual se encuentran dotados, pueden apartarse de tales antecedentes y proferir una decisión diferente a la esperada, siempre que sustenten de manera suficiente su disenso frente al precedente aplicable.¹²⁵

II. 7. a) Razones que habilitan apartarse de un precedente

Hecha esta breve introducción, en primer lugar corresponde traer a colación la sentencia T-292 de 2006, en la cual la CC estableció que el operador judicial no puede apartarse ni de las decisiones adoptadas por él mismo ni de las tomadas por sus superiores en los casos en los cuales se presentan las siguientes características:

- (i) los hechos relevantes que definen el asunto pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan un caso del pasado;¹²⁶ (ii) la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado,

eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica; y que “en general la doctrina y la práctica de los tribunales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez puede distanciarse de sus propios precedentes. Esto es muy claro en los sistemas de derecho legislado, en donde la fuente esencial del derecho es la ley, y no la jurisprudencia, por lo cual un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas...”

¹²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, nro. de radicación: 44001-23-31-002-2002-00438-01(AG)REV, consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, sentencia del 4 de junio de 2019,

¹²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-014 de 2009, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Agregó que “la justificación suficiente incluye la expresa mención del precedente en cuestión, seguida de una explicación razonable sobre su postura contraria. Por esta razón, resulta válido contemplar que la simple inclusión de una o más consideraciones que de manera genérica se aducen como explicación para separarse del precedente aplicable podría no ser suficiente para tener por cumplida esta exigencia”

¹²⁶ Respecto de este punto, no es ocioso recordar lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001, en la cual, al estudiar la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, expresó que “el juez puede observar que a pesar de las similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente existen diferencias relevantes no consideradas en el primero, y que impiden

constituye la pretensión del caso presente; y (iii) la regla jurisprudencial no ha sido cambiada en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.

Sin embargo, la misma jurisprudencia ha establecido la excepción a esta regla, es decir, los casos en los cuales (como consecuencia de la autonomía e independencia de la que gozan) los jueces se encuentran facultados a desaplicar el precedente judicial.

Así, en la sentencia SU 354 de 2017, la Corte Constitucional explicó que conforme lo dispuesto en los artículos 234, 237 y 241 de la CP, la CSJ y el CdE, en carácter de tribunales de cierre de sus respectivas jurisdicciones, y la CC, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta Política, “tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos por ellas emitidos se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento”.

No obstante ello, a continuación indicó que hay ciertos eventos en los que los jueces –en virtud de su autonomía– pueden desligarse del precedente judicial, pero siempre y cuando se cumpla con el “estricto deber de consideración del precedente en la decisión, ya que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella” y se “argumente de manera rigurosa y clara las razones por las cuales procede de ese modo”.¹²⁷ Sobre esta última exigencia, recordó que, según arraigada jurisprudencia de esta corporación, el apartarse de un precedente judicial (ya sea vertical u horizontal) sin la justificación suficiente vicia la providencia judicial (en otras palabras: incurre en un defecto por desconocimiento del precedente), haciendo procedente la acción de tutela contra providencias judiciales.¹²⁸

La necesidad de la concurrencia de estos requisitos fue reiterado por la CC en pronunciamientos

igualarlos, y en consecuencia, estaría permitido que el juez se desviara de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable. A *contrario sensu*, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados detalladamente, tengan un término de comparación –*tertium comparationis*– que permita asimilarlos en algún aspecto. En esa medida, resulta adecuado que el juez emplee criterios de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables, y solamente en la medida en que lo sean. En este caso, el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar por qué, a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar”.

¹²⁷ Estos argumentos habían sido delineados por la CC años atrás en la sentencia T-794 de 2011, magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. “El juez solo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos: (i) haga referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia); y (ii) ofrezca una carga argumentativa seria mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía”.

¹²⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-354 de 2017, magistrado ponente: Iván Humberto Escrucería Mayolo. Recuérdese que la acción de tutela contra providencias judiciales fue tratada en el punto 3.3.1 de la primera parte de este trabajo.

posteriores. A modo de ejemplo, en uno del 2018 sostuvo que “si una autoridad judicial decide apartarse de un precedente, es necesario que exponga razones con peso y fuerza suficiente que permita comprender el porqué de la aplicación de la nueva interpretación. Con tal propósito, el juez debe cumplir [con estas dos obligaciones trazadas en fallos anteriores]”.¹²⁹

A lo expresado, cabe agregar que dicha corporación (en una sentencia anterior) había expresado que las transformaciones sociales, las cuales obligan a dar una nueva mirada a la cuestión bajo análisis y “divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales”, son otros de los motivos que habilitan separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones, siendo requisito indispensable que en la sentencia se identifique el precedente del cual el juez se va a apartar y se expongan las razones de dicho apartamiento.¹³⁰

Los mencionados requisitos también fueron considerados por las otras Altas Cortes en sus sentencias. Así, la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la CSJ manifestó que “es posible que el juez se aparte de la postura jurisprudencial vigente, siempre y cuando cumpla con dos condiciones a saber: i) que exponga de manera explícita y detallada las razones por las cuales decide apartarse del precedente; y ii) que demuestre de manera suficiente que la interpretación que hace, desarrolla de manera efectiva las garantías fundamentales consagradas en la Constitución”.¹³¹

Siguiendo la línea trazada por la Corte Constitucional en relación con la condición de debida argumentación, la Sala de Casación Civil de la CSJ observó que si bien, como consecuencia de la autonomía judicial, es posible apartarse del precedente, “en esos casos es menester que el fallador explicité las razones de su disentimiento con la postura jurisprudencial, y demuestre, con suficiencia, que su interpretación aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales, carga argumentativa que no atendió la accionada en esta oportunidad”.¹³²

¹²⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-113 de 2018, magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-621 de 2015, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en fallos STL 3191 de 2020, STL 3199 de 2020 y STL 3202 de 2020, magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

¹³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas nro. 2 de la Sala de Casación Penal, sentencia STP7761 de 2021, magistrado ponente: Hugo Quintero Bernate. Mismo argumento fue considerado por la Sala de Decisión de Tutelas nro. 3 de dicha Sala en sentencia STP9951 de 2021, magistrado ponente: Nelson Chaverra Castro.

¹³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC 4357 2019, magistrado ponente: Luis Alonso Rico Puerta. En este fallo, la Corte explicó que, en principio, la tutela no procede contra las decisiones o actuaciones jurisdiccionales. Sin embargo, sí procede en aquellos casos en los cuales el funcionario accionado haya incurrido en un proceder arbitrario y opuesto a la ley, o ante la ausencia de otro medio efectivo de protección judicial. Así, aseveró que en el caso en marras se había configurado la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales denominada “desconocimiento del precedente”, pues se habían dejado de lado un conjunto de decisiones previas que debían ser necesariamente consideradas, en particular el precedente consolidado de la Corte Constitucional en SU-769 de 2014.

Por su lado, en autos STL 2562 de 2020 la Sala de Casación Laboral concedió la acción de amparo interpuesta por la parte actora por considerar que la Sala de Casación Civil se había apartado de sus propios precedentes sin señalar, mediante argumentación suficiente, las razones de su disentimiento. Arguyó que ello generaba incertidumbre y vulneración del derecho a la igualdad de trato ante la ley y debido proceso y agregó que el deber de exponer las razones del mencionado disentimiento resulta necesario, para evitar que la decisión judicial posea un defecto sustantivo.¹³³

De consuno con lo expuesto, dicha Sala reiteró que

es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes.¹³⁴

En igual forma se expidió esta Sala en una sentencia actual, en la cual, haciendo suyos los fundamentos desplegados por la CC en la sentencia C-621 de 2015, expresó que

una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a una determinada cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.¹³⁵

Por su parte, la Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal expresó que en virtud de

¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia STL 2562 de 2020, magistrado ponente: Fernando Castillo Cadena. Mismo criterio en fallo de esta Sala STL 16900 de 2019, magistrado ponente: Fernando Castillo Cadena.

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia STL 3186 de 2020, magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. En igual sentido, dicha Sala en STL 1917 de 2020, magistrado ponente: Fernando Castillo Cadena. “Si bien es cierto el juez goza de autonomía e independencia en sus fallos, no lo es menos que cuando se aísla de la jurisprudencia que regula el caso en particular, aquel debe realizar un análisis mejor del asentado y sujeto a la Constitución y la Ley...”

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia STL10653 de 2021, magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

los principios de autonomía e independencia de la administración de justicia “es posible que el juez se aparte de la postura jurisprudencial vigente, siempre y cuando se ponderen de manera precisa ciertos y específicos condicionamientos que no obedecen simplemente al capricho del funcionario judicial, a la mera disparidad de criterios o al obedecimiento ciego e irracional de los principios de imparcialidad y autonomía judicial”.¹³⁶

Por último y, relacionado con las razones que justifican la inaplicación de un precedente, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado estableció que, si bien pesa sobre los jueces la obligación de respetar las decisiones previas adoptadas principalmente por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones, hay casos en los cuales la existencia de determinadas circunstancias ameritan apartarse de aquellas, como por ejemplo, un cambio en el ordenamiento positivo, la modificación de las bases axiológicas del sistema jurídico o “una drástica transformación de las condiciones sociales en las que se adoptaron aquellas decisiones, de tal entidad que las torna en injustas o incorrectas en el orden de cosas actual”.

Adicionó como causal de apartamiento del precedente la existencia de diferencias de mayor peso, que justifiquen un tratamiento diverso de casos que presentan similitudes. Asimismo, explicó que en aquellos “eventos en los que se evidencia una incompatibilidad en el sentido de decisiones precedentes, relevan al juez de obediencia pues, en términos prácticos, no existe un precedente claro que lo vincule”.

Finalmente, dispuso que cualquiera sea la causa,

el juez debe cumplir una carga de transparencia, identificando los precedentes relevantes; de suficiencia, dando a conocer las razones que en su concepto justifican el cambio de dirección decisional, y precisando por qué esa modificación lleva a una mejor interpretación del orden jurídico además de ello reporta mayores beneficios que el detrimento en la seguridad jurídica y la igualdad que se derivará de la desobediencia al precedente.¹³⁷

III. Conclusión

En suma, en esta parte de la investigación se ha constatado que no existe una definición unívoca

¹³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas nro. 1 de la Sala de Casación Penal, sentencia STP 6752 de 2019, magistrado ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. En igual sentido misma Sala en STP 11189 de 2019 y STP 12740 de 2019, magistrado ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.

¹³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, nros. de radicación: 11001-03-15-000-2018-03304-01(AC), 11001-03-15-000-2018-02132-00(AC), 11001-03-15-000-2018-01924-00(AC) y 11001-03-15-000-2018-01621-00(AC), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencias del 2 de abril de 2019, del 21 de agosto de 2018 y 10 de julio de 2018, respectivamente.

del término “precedente”. Ello así porque, si bien hay acuerdo entre las Altas Cortes en cuanto a que dicho término se identifica con la regla que se desprende de la *ratio decidendi* de la sentencia y que resulta aplicable a futuros casos jurídicos que tengan identidad fáctica y jurídica, no hay unanimidad en relación con el número de sentencias requeridas para originar un precedente (nótese que en algunos pronunciamientos la CC expresa que basta una sola sentencia anterior, mientras que en otros –y en consonancia con las definiciones del CdE y de la CSJ– se refiere a “un conjunto de sentencias” anteriores).

Es decir que –y en relación con la dimensión estructural– no existe un criterio consolidado entre las Altas Cortes (ni al interior de estas) sobre la cantidad de decisiones judiciales que se requieren para incidir en casos posteriores.

A su vez, se han identificado definiciones análogas respecto del precedente vertical. Así, las tres Altas Cortes han entendido que es aquel que emana de la autoridad encargada de unificar jurisprudencia. Por otro lado, se ha notado que la CC y la CSJ no comparten el mismo concepto de precedente horizontal en tanto la primera entiende que dicho concepto abarca tanto las sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía como las proferidas por el mismo operador judicial, mientras que la segunda sostiene que comprende solamente las sentencias emanadas del mismo juez o Sala, más no las de otras autoridades judiciales de igual jerarquía.

Por otra parte, se ha evidenciado que existe acuerdo en la jurisprudencia colombiana en relación con el carácter obligatorio del precedente vertical (tanto para las autoridades judiciales como para las administrativas), como también respecto del hecho de que es la *ratio decidendi* de las sentencias la que verdaderamente tiene valor de precedente dentro de una decisión judicial.

Asimismo, se observó que dicha unanimidad también se da en el campo de la dimensión axiológica del precedente, en tanto las distintas Altas Cortes han expresado que el valor vinculante del precedente encuentra su razón de ser en los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, como así también en el derecho a la igualdad.

También se halló que no existe disenso entre los miembros de las diferentes jurisdicciones en cuanto a que los jueces se encuentran facultados a desaplicar el precedente judicial (como consecuencia de la autonomía e independencia de la que gozan), siendo requisito indispensable que, cuando lo hagan, identifiquen en la sentencia el precedente del cual han decidido apartarse y expongan de manera suficiente las razones de dicho apartamiento.

Sin embargo, se ha percibido la falta de criterio uniforme de los jueces de las distintas jurisdicciones respecto de la vinculatoriedad del precedente horizontal (mientras la CC sostiene que son obligatorios, existen dentro de la CSJ posiciones encontradas al respecto) como también en lo que atañe a la preeminencia del precedente constitucional por sobre los emanados de la CSJ y el CdE.

Por último, cabe mencionar que no fue encontrada sentencia alguna que haga expresa alusión a la relación entre el valor del precedente y el paso del tiempo.

IV. Bibliografía

Doctrina

- Flores, M. M. (2021). "Estudio sobre el precedente judicial en Colombia (Primera Parte)". En *Aportes al Derecho. Revista jurídica de UFLO Universidad*. N° 5, pp. 10-45.
- López Medina, D. (2015), "Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho". En *Revista Judicial Precedente*. Vol. 7 (julio-diciembre), pp. 9-42.
- Lozada Pimiento, N. (2018), "La doctrina probable: ¿criterio auxiliar o legislación judicial?". En *Revista Ámbito Jurídico*, disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/la-doctrina-probable-criterio-auxiliar-o>
- Ratti Mendaña, F. (2021). "Dimensiones del precedente judicial: una metodología de estudio de la doctrina del precedente". En *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 11, N° 1 (enero-julio), pp. 75-107.
- Rodríguez Bermúdez, M. (2020). "Los interrogantes que suscita la coexistencia de las instituciones de la doctrina probable y el precedente en Colombia". En *Revista de Derecho Privado de la Universidad del Externado de Colombia*. Disponible en: <https://red.uexternado.edu.co/los-interrogantes-que-suscita-la-coexistencia-de-las-instituciones-de-la-doctrina-probable-y-el-precedente-en-colombia>.
- Santofimio Gamboa, J. (2010). "La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano". En IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010, y XI Jornadas de Derecho Administrativo. Universidad de Externado de Colombia, septiembre de 2010.
- Taruffo, M. (2010). "Dimensiones del precedente judicial". En Castañeda Otsu, S. (Dir.) y Velezmore, F. (Coord.) *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Traducción por J. F. Monroy Gálvez. Lima: Grijley, pp. 3-23.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

- Sentencia T-292 de 2006, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

- Sentencia T-794 de 2011, magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia T-830 de 2012, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia T-714 de 2013, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia SU-053 de 2015, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia C-836 de 2001, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia T-049 de 2007, magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C-447 de 1997, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-468 de 2003, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-252 de 2001, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-621 de 2015, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia SU-298 de 2015, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia C-539 de 2011, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia T-973 de 1999, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T-109 de 2019, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia T-360 del 2014, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia C-634 de 2011, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia T-116 de 2004: magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia T-395 de 2016, magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo.
- Sentencia SU-047 de 1999, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-037 de 1996, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

- Sentencia SU-1219 de 2001, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia T-569 de 2001, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia SU-1023 de 200, magistrado ponente: Jaime Córdoba Tribiño.
- Sentencia SU-388 de 2005, magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia T-493 de 2005, magistrado ponente: Manuel José Cepeda.
- Sentencia C-335 de 2008, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia T-830 de 2012, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia T-737 de 2015, magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia T-014 de 2009, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia SU-241 de 2015, magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia T-439 de 2000, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-194 de 1995, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-656 de 2011, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia C-104 de 1993, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia SU-113 de 2018, magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Sentencia T-438 de 2016, magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Sentencia SU-354 de 2017, magistrado ponente: Iván Humberto Escrucería Mayolo.

Corte Suprema de Justicia

- Sala de Casación Penal, sentencia STP 1734 de 2022, magistrado ponente: Fabio Ospitia Garzón.

- Sala de Casación Civil, sentencia STC 1624 de 2022, magistrado ponente: Francisco Ternera Barrios.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL 16958 de 2021, magistrado ponente: Omar Ángel Mejía Amador.
- Sala de Casación Penal, sentencia STP 16865 de 2021, magistrado ponente: Fabio Ospitia Garzón.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL15074 de 2021; magistrado ponente: Omar Ángel Mejía Amador.
- Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia STC6879 de 2021, magistrado ponente: Francisco Ternera Barrios.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL10653 de 2021, magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL1072 de 2021, magistrado ponente: Fernando Castillo Cadena.
- Sala de Casación Civil, sentencia AC665 de 2020, magistrado ponente: Luis Alonso Rico Puerta.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL11871 de 2020, magistrado ponente: Omar Ángel Mejía Amador.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL10015 de 2021, magistrado ponente: Fernando Castillo Cadena.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL 3186 de 2020, magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL 3191 de 2020, magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL 3199 de 2020, magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL 3202 de 2020, magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Sala de Casación Laboral, sentencia 57158 de 2020, magistrado ponente: Iván Mauricio Lenis Gómez.
- Sala de Casación Civil, sentencia STC6879 de 2021, magistrado ponente: Francisco Ternera Barrios.

- Sala de Casación Civil, sentencia AHC 182 de 2019, magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- Sala de Casación Civil, sentencia STC 5086 de 2019, magistrado ponente: Octavio Augusto Tejero Duque.
- Sala de Decisión de Tutelas nro. 2 de la Sala de Casación Penal sentencia en STP 15806 de 2019, magistrado ponente: Patricia Salazar Cuéllar.
- Sala de Casación Penal, sentencia STP 16219 de 2019, magistrado ponente: Patricia Salazar Cuéllar.
- Sala de Casación Laboral, sentencia SL 4099 de 2019, magistrado ponente: Dolly Amparo Caguasango Villota.
- Sala de Casación Civil, sentencia STC 3117 de 2019, magistrado ponente: Luis Alonso Rico Puerta.
- Sala de Casación Civil, sentencia STC 9677 de 2019, magistrado ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.
- Sala de Casación Penal, sentencia SC39456 de 2013, magistrado ponente: José Luis Barceló Camacho.
- Sala de Casación Penal, sentencia SP1142 de 2019, magistrado ponente: Luis Antonio Hernández Barboza.
- Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas nro. 2, sentencia STP7761 de 2021, magistrado ponente: Hugo Quintero Bernate.
- Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas nro. 3, sentencia STP9951 de 2021, magistrado ponente: Nelson Chaverra Castro.
- Sala de Casación Civil, sentencia STC 4357 2019, magistrado ponente: Luis Alonso Rico Puerta.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL 2562 de 2020, magistrado ponente: Fernando Castillo Cadena.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL 16900 de 2019, magistrado ponente: Fernando Castillo Cadena.
- Sala de Casación Laboral, sentencia STL 1917 de 2020, magistrado ponente: Fernando Castillo Cadena.
- Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas nro. 1, sentencia STP 6752 de 2019, magistrado ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.

- Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas nro. 1, sentencia STP 11189 de 2019, magistrado ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.

- Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas nro. 1, sentencia STP 12740 de 2019, magistrado ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.

Consejo de Estado

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 11001-03-15-000-2019-00846-00(AC), consejero ponente Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia del 3 de abril de 2019.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 11001-03-15-000-2019-00048-00(AC), sentencia del 18 de marzo del 2019.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 11001-03-15-000-2019-00519-00(AC), sentencia del 6 de marzo de 2019.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 11001-03-15-000-2018-02190-00(AC), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia del 13 de agosto de 2018.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación 11001-03-15-000-2018-02132-00(AC), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 21 de agosto de 2018.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación: 11001-03-15-000-2018-01924-00(AC), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 1 de agosto de 2018.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación: 11001-03-15-000-2018-01621-00(AC), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 10 de julio de 2018.

- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación 11001-03-15-000-2018-04505-00(PI), consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia del 12 de marzo del 2019.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 11001-03-15-000-2018-03304-01(AC), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 2 de abril del 2019.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 11001-03-15-000-2018-01924-00(AC), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 21 de agosto de 2018.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 11001-03-15-000-2018-01621-00(AC), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 10 de julio de 2018.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación 44001-23-31-002-2002-00438-01(AG)REV, magistrado ponente: Alberto Yepes Barreiro, sentencia del 4 de junio de 2019.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 54001-23-33-000-2013-00334-01(2308-15), magistrado ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia del 12 de agosto de 2019.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 25000-23-42-000-2016-01322-01(2196-18), magistrado ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia del 20 de junio de 2019.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 68001-23-33-000-2013-01041-01(4361-16), magistrado ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia del 6 de diciembre de 2018.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, nro. de radicación 50001-23-33-000-2013-00248-01(0535-16), magistrado ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia del 25 de julio de 2019.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, nro. de radicación 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317), consejera ponente: María Adriana Marín, sentencia del 1º de agosto de 2019.

Impacto de la OC 27/21 en el marco legal nacional argentino: Análisis a la luz de los PRNU sobre Empresas y Derechos Humanos en el caso “Inspección General de Justicia c/ Línea Expreso Liniers S.A.I.C. s/ Organismos Externos”¹

Andrea N. Gentile,² Agustina N. Vázquez³

Resumen

La Opinión Consultiva 27/21 –de fecha 5 de mayo de 2021– emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta el derecho de las mujeres a ser libres de toda forma de discriminación y violencia en el ejercicio de sus derechos laborales, con especial énfasis en aquellos sindicales. La Opinión trajo consigo una serie de medidas positivas que los Estados deben implementar para consagrar la igualdad de este sector en situación de vulnerabilidad. ¿Podemos rastrear una misma línea discursiva entre la mentada interpretación de la Corte IDH y las medidas que se encuentra tomando la República Argentina para la mayor participación de las mujeres en la vida empresarial argentina?

Este trabajo se propone identificar los principales trazos discursivos homólogos entre dos actores institucionales de ínfimo contacto en la praxis diaria: la Inspección General de Justicia y la Corte

¹ Una primera versión de este trabajo fue presentada ante la sección de Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en su XXXII Congreso Argentino de Derecho Internacional. Agradecemos los comentarios enriquecedores allí obtenidos para mejorar nuestra discusión.

² Estudiante de abogacía e investigadora en formación (UFLO Universidad). Integrante del proyecto “Empresas y Derechos Humanos” bajo la programación científica de UFLO Universidad.

³ Profesora e investigadora (UBA-UFLO-UP). Investigadora externa (UCC). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Directora del proyecto “Empresas y Derechos Humanos” bajo la programación científica de UFLO Universidad.

Interamericana de Derechos Humanos. El análisis que proponemos realizar se elaborará desde el estudio de “Empresas y Derechos Humanos”, situándonos en el derecho a la igualdad y no discriminación como eje axial de instrumentos normativos y políticas públicas para que las empresas promuevan y aseguren el respeto de los derechos humanos al llevar a cabo sus actividades lucrativas.

Palabras clave: empresas; derechos humanos; igualdad; mujeres

Keywords: *business; human rights; equality; women*

I. Introducción

La noción de igualdad proviene de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. El derecho a “igual protección de la ley” prohíbe la discriminación de derecho, en las leyes que dicte el Estado y en los tratados internacionales que adopte (CIDH, 1984).

Este derecho se erige desde una dimensión material que ordena a los Estados la adopción de medidas positivas de promoción a favor de grupos históricamente marginados o discriminados, para que dicha igualdad sea real y efectiva.

La Convención de Belém Do Pará presenta un instrumento que garantiza la protección especial de la mujer contra la discriminación y para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra ellas, y sirve de fuente de derecho para la adopción de distintas medidas legislativas que los Estados adoptaron en pos de garantizar el ejercicio y el goce de los derechos humanos a las mujeres.

La Opinión Consultiva 27/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos le recuerda a los Estados las medidas que deben realizar en ámbito laboral y social, para cumplir con la obligación asumida en ese instrumento.

A continuación, se expondrá la tensión planteada a raíz de las Resoluciones 34/2020 y 35/2020 de la Inspección General de Justicia en diálogo con los derechos luego reconocidos por la Opinión Consultiva en análisis, y cómo decidió la justicia comercial argentina al interpretar la legalidad de las resoluciones. ¿Verificamos diálogo cooperativo entre los distintos instrumentos legales?

II. La Opinión Consultiva 27/21

El 31 de julio de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó una solicitud de opinión consultiva sobre “el alcance de las obligaciones de los Estados, bajo el sistema interamericano, sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y aplicación desde una perspectiva de género”. La Comisión presentó a la Corte las siguientes preguntas específicas:

1. ¿Cuál es el alcance de los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, y cuál es su relación con los derechos a la libertad de expresión, la libertad de asociación, el derecho de reunión y el derecho del trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias?;
2. ¿Cuál es el contenido del derecho de las mujeres libres de toda forma de discriminación y violencia en el ejercicio de sus derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga?
3. ¿Cuál es el alcance del deber del Estado para proteger la autonomía sindical y garantizar la participación efectiva de las mujeres como integrantes líderes sindicales?, y ¿cuál es el alcance de las obligaciones del Estado respecto a garantizar la participación de los sindicatos en el diseño de normas y políticas públicas relacionadas al trabajo en contextos de cambios en el mercado laboral mediante el uso de nuevas tecnologías?

El 5 de mayo de 2021, la Corte se expidió sobre la solicitud presentada. Antes de introducirse en el quid de la cuestión, el Tribunal interamericano resaltó de vital importancia de la protección de los derechos humanos debido al impacto causado por la pandemia por Covid-19, razón por la cual los Estados deben garantizarlos sin discriminación alguna. Sobre todo, enfatizó la necesidad de que los Estados realicen el máximo de sus esfuerzos para que se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales y sindicales de los trabajadores.

Para responder el primer interrogante, los magistrados realizaron un análisis del *corpus iuris* internacional en materia de derechos humanos. Recalaron el derecho de libertad sindical para trabajadores públicos y privados y la necesidad de protección para los trabajadores y/o representantes sindicales ante todo acto de discriminación o coacción en el empleo, dirigido a menoscabar el ejercicio de la libertad sindical. Sostuvieron, que los Estados deben abstenerse de interferir en la negociación colectiva entre los representantes sindicales y los empleadores. Además, indicaron que no deben existir actos de discriminación en las negociaciones de los empleados públicos, ya que el Estado debe aportarles la información necesaria. Respecto a la huelga, señalaron que los Estados deben legislar los requisitos de una huelga legal, e indica en qué sectores puede limitarse el ejercicio de este derecho.

La Corte destacó que estos derechos están sometidos a la ley propia de una sociedad democrática y que las restricciones deben hacerse bajo el principio de pro persona. Respecto a la relación entre estos derechos con la libertad de expresión asociación y el derecho a reunión, se señaló que existe una relación de género y especie. Por último, hizo énfasis en la posibilidad de que el contrato colectivo mejore y amplíe los derechos de la ley laboral.

En contestación de la segunda pregunta, el organismo internacional de justicia sostuvo que las mujeres tienen el derecho de la libertad sindical, negociación colectiva y huelga. Las mujeres pueden crear organizaciones sindicales y/o afiliarse libremente a las existentes sin ningún tipo de discriminación, y el Estado no debe tener un tratamiento injustificado de los derechos sindicales de las mujeres por el hecho de serlo. Además, de éstas deben contar con una tutela judicial efectiva en caso de que fueran discriminadas.

Para responder a la tercera pregunta, la Corte consideró que resultan admisibles las disposiciones

que tienen por finalidad promover los principios democráticos en los sindicatos, sin que esto constituya una afectación a la autonomía sindical. Señaló la necesidad de que los Estados rompan los estereotipos y roles de género en el ámbito laboral y sindical que no permitan el pleno goce de los derechos de las mujeres. Destacó la obligación que tienen los Estados de adecuar sus legislaciones ante las nuevas condiciones del mercado laboral (teletrabajo digital), teniendo en consideración los derechos humanos de los trabajadores que impone el derecho internacional de los derechos humanos.

En el punto VI de la Opinión Consultiva, el tribunal analiza el derecho de las mujeres de ser libres de toda forma de discriminación y violencia en el ejercicio de sus derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. Dentro de las trece páginas de este punto, la Corte deja plasmadas nociones en base al principio de no discriminación que resultan importantes al hondar en la medida positiva adoptada por el Estado argentino.

El trabajo realizado por el equipo de investigación identificó un diálogo específico respecto del derecho a vivir sin discriminación. El artículo 1.1 de la Convención Interamericana dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidas “sin discriminación alguna”. El incumplimiento por el Estado de esta obligación general, mediante cualquier trato diferente que pueda resultar discriminatorio, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

En su contracara, el derecho de igualdad posee dos dimensiones: una dimensión formal que establece la igualdad ante la ley y una dimensión material que ordena la adopción de medidas positivas de promoción a favor de grupos históricamente discriminados o marginados en razón de los factores a los que hace referencia el artículo 1.1 de la Convención.

A continuación, exponemos brevemente algunas coincidencias halladas en el fraseo:

Lo que dice la Resol. 345	Lo que dice la OC (e instrumentos que cita)
<p>Art. 34 CN: proclama la igualdad real de oportunidades entre hombre y mujeres para el acceso de a cargos electivos y partidarios.</p> <p>Art. 75 inc. 23 CN: prevé a cargo del Congreso Nacional legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados Internacionales vigentes sobre los Derechos</p>	<p>Considerando 172. Art. 2 de la CEDAW: el Estado debe evaluar de inmediato la situación de jure y de facto de la mujer y adoptar medidas positivas concretas para formular y aplicar una política claramente orientada al objetivo de eliminar por completo todas las formas de discriminación contra las mujeres y alcanzar la igualdad sustantiva de la mujer y el hombre.</p> <p>Considerando 157. Art. 1.1 Convención Americana: El derecho a la igualdad implica</p>

Humanos en particular respecto de la niñez, las mujeres, personas con discapacidad y adultas mayores. **Lo que dice la Resol. 345**

Ley N° 27.412: establece un **piso mínimo** de participación femenina en cargos electivos legislativos nacionales del 50%.

Ley N° 26.485: propone que todos los servidores públicos conozcan la CN, en particular las Convenciones Internacionales sobre los derechos de las mujeres y la diversidad incorporadas a ella.

Resolución General N° 797/2019 CNV: establece la conformación de un directorio diverso en género, origen geográfico, edad, etnia y experiencia profesional. **Acceso a las mujeres a puestos de liderazgo e igual remuneración.**

Resolución General N° 7/2015: establece que **no se admitirán en los estatutos sociales cláusulas discriminatorias.**

Art. 1 CEDAW (art. 75 inc. 22 CN): establece **que no debe haber distinción en orden a las esferas en las que debe verificarse el pleno e igualitario goce de los derechos de las mujeres.**

la **obligación de adoptar medidas para garantizar que dicha igualdad sea real y efectiva**, que se dirija a corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación de los grupos históricamente marginados, y garantizar a las personas o grupos en desventaja el goce efectivo de sus derechos. Para ello, los Estados deben enfrentar activamente situaciones de exclusión y marginación.

Considerando 172: los Estados deben tener como **finalidad acelerar la participación de las mujeres en igualdad en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito, y que la aplicación de estas medidas debe ser considerada no como una excepción a la regla a la regla de no discriminación sino como una forma de subrayar que las medidas son necesarias para lograr la igualdad sustantiva de la mujer.**

Considerando 174. Convenio 100 de la OIT: los Estados deben garantizar **la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración** entre mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

El derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa, relativa a la prohibición de diferencias de trato arbitrarias; y una positiva respecto de la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a los grupos que han sido históricamente discriminados. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas (Gustá y Madera, 2015).

Sin embargo, se advierte que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino solo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, y se traduzcan en el menoscabo de derechos (Hierro Sánchez Pescador, 2007).

Encontramos entre los principales criterios discriminativos aquellos enunciados por el artículo 1.1 de la Convención, que aluden a: I) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; II) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados; III) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, se advierte que el Estado ha obrado con arbitrariedad.

Se advierte que el reconocimiento de la igualdad formal entre hombres y mujeres en el goce de los derechos no obsta a que existan prácticas que, aunque gocen de la apariencia de neutralidad y no tengan una intención discriminatoria, en la práctica sí lo sean por sus efectos.

Es por ello que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los distintos grupos de la población al momento de ejercer sus derechos (Arat y Nuñez, 2017).

La Corte se refiere a la jurisprudencia del Tribunal europeo, el cual desarrolla el concepto de discriminación indirecta que ocurre cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente perjudicial en un grupo particular, ésta puede ser considerada discriminatoria aun si no fue dirigido específicamente a ese grupo.

La Corte advierte que la obligación de los Estados debe hacerse extensiva e inclusiva a otros grupos de vulnerabilidad, como lo son las personas LGBTI. Señala que ninguna norma puede disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.

II. 1. El marco normativo argentino: su impacto en las resoluciones 34 y 35 del 2020 de la Inspección General de Justicia

Resolución 34/2020

La mayoría de las discusiones que se han dado en el mundo, en relación con la implementación de políticas de género en la integración de los órganos directivos de las empresas, han apuntado a incrementar la participación de mujeres en un ámbito que ha tenido una preeminente presencia masculina.

Si bien el rol de las mujeres en la actividad empresarial es cada vez más destacado, lejos está en la actualidad de advertirse una aplicación sustantiva en materia de políticas de género a la hora de conformar los órganos de administración y los puestos gerenciales en las empresas privadas, incluyendo también un porcentaje significativo de mujeres en los cuerpos colectivos deliberativos (Vítolo, 2021).

Los datos obtenidos por el informe de progreso de mujeres en directorios elaborado todos los años por el MSCI indicaba en 2019 que Argentina era uno de los países de la región con menor proporción de mujeres en sus directorios (6,4%), situación que se deterioró notablemente en relación a 2018 (11,1%) (CIPPEC, 2020).

IMPACTO DE LA OC 27/21 EN EL MARCO LEGAL NACIONAL ARGENTINO: ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS PRNU SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN EL CASO “INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA C/ LÍNEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. S/ ORGANISMOS EXTERNOS” (ANDREA N. GENTILE, AGUSTINA N. VÁZQUEZ) - APORTES AL DERECHO / REVISTA JURÍDICA DE UFLO UNIVERSIDAD / AÑO 2022/ VOL. 06 / N° 06 / ISSN 2618-4192.

Es por ello, basándose en el antecedente creado por la Comisión Nacional de Valores en su “Código de Gobierno Societario”, se tomó la primera medida de acción positiva sobre la temática en la Resolución General N° 797/2019, donde se establece:

El directorio deberá activamente propiciar la conformación de un directorio diverso, teniendo en consideración la diversidad de género, origen geográfico, edad, perfil étnico y experiencia profesional (...). En cuanto a la diversidad de género, resulta de especial relevancia que la compañía no solo considere la composición del Directorio sino la equidad en la remuneración de sus miembros y también la posibilidad de que mujeres tengan acceso a puestos de liderazgo en el Directorio, tales como la Presidencia del órgano o algunos de sus comités. La transparencia y divulgación en materia de diversidad en el directorio es un elemento importante para los inversores y muestra la profesionalización del órgano (Comisión Nacional de Valores, 2019).

Con este antecedente en miras, el 3 de agosto del 2020 la IGJ decide con su Resolución 34/2020 una segunda acción positiva ante esta problemática. Allí dispone, a partir de su entrada en vigencia, que

las simples asociaciones que soliciten su inscripción en el registro voluntario, las sociedades anónimas que se constituyan, en cuanto estuvieren o quedaren comprendidas en el artículo 299, de la Ley 19.550, excepto las abarcadas por los incisos 1º, 2º y 7º, las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva y las Sociedades del Estado, deberán incluir en su órgano de administración, y en su caso en el órgano de fiscalización, una composición que respete la diversidad de género, estableciendo una composición de los órganos referidos que esté integrado por la misma cantidad de miembros femeninos que de miembros masculinos. Cuando la cantidad de miembros a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de miembros femeninos.

Resolución 35/2020

Ante las dudas respecto del marco de eficacia temporal de aplicación, que generó la normativa anteriormente comentada, la Inspección dictó la Resolución 35/2020, previendo la aplicación de la normativa con efectos futuros, respecto a las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes sobre las personas jurídicas alcanzadas por la Resolución 34/2020.

Ambas resoluciones combinan las acciones positivas y normas imperativas, ya que no solo promueven y establecen cupos femeninos, sino que de forma tácita se deja entrever que la IGJ sancionará el incumplimiento de la directiva emanada por la autoridad de contralor, con la denegatoria de inscripción o aprobación de actos correspondientes a las personas jurídicas involucradas. La finalidad de las resoluciones resulta ser más específica que el derecho a la igualdad.

En efecto, lo que se busca es

a través de las llamadas medidas positivas, efectuar un aporte que contribuya a desmontar las desigualdades

IMPACTO DE LA OC 27/21 EN EL MARCO LEGAL NACIONAL ARGENTINO: ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS PRNU SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN EL CASO "INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA C/ LÍNEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. S/ ORGANISMOS EXTERNOS" (ANDREA N. GENTILE, AGUSTINA N. VÁZQUEZ) - APORTES AL DERECHO / REVISTA JURÍDICA DE UFLO UNIVERSIDAD / AÑO 2022/ VOL. 06 / N° 06 / ISSN 2618-4192.

reinantes con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzar la igualdad real, mediante disposiciones que constituyan deberes a concretar y que tiendan a garantizar la diversidad de géneros e identidades, y la paridad efectiva entre mujeres y varones [...], su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares.

El objetivo perseguido por las resoluciones puede desdoblarse en la eliminación de obstáculos existentes que vienen desde el pasado y en la promoción de la igualdad efectiva (Mata, 2020:3).

Inspección General de Justicia c/ Línea Expreso Liniers S.A.I.C. s/ Organismos Externos

Los actores de este caso sostuvieron, en miras a la protección del derecho de igualdad y no discriminación, que la IGJ impuso una condición en la conformación de los órganos administrativos que, en sí, no surge de la Ley General de Sociedades. Argumentan que este órgano de fiscalización no está facultado para cambiar las condiciones que exige la ley, que esta medida restringe su derecho a elegir libremente y en base a la experiencia profesional de los interesados, aspectos que consideran esenciales para la constitución de una sociedad y para el desarrollo fructífero de ésta.

La sentencia del Tribunal empieza destacando que la noción de igualdad frente a la ley debe ser traducida en la prohibición de efectuar discriminaciones arbitrarias, la cual puede ser insuficiente para cubrir las exigencias de la igualdad como garantía constitucional. Es por ello que el criterio tradicional debe ser un piso mínimo y necesario, pero insuficiente cuando lo que se enfrenten sean desigualdades estructurales que muestren que, por hallarse en situación de postergación, ciertas personas también se encuentren impedidas de acceder a los beneficios de esa igualdad legal.

Los artículos 16 y 75 de la Constitución Nacional confirman que el constituyente ha aceptado de que nada vale que la ley asegure la igualdad de trato a un sujeto si, por razones vinculadas a su realidad, ese sujeto jamás ha de encontrarse en la situación contemplada en la norma que debería ser aplicada a su respecto.

A continuación de este análisis, la Sala C sostiene que del plexo normativo citado por la IGJ resulta que todo obstáculo que impidiera la igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres que es exigido por el artículo 4 de la CEDAW, debe ser removido por las acciones positivas, siempre y cuando que el caso lo exigiera.

Sin embargo, el tribunal señala que esta es una tarea que excede al organismo en cuestión sobre la base del artículo 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, donde queda claro que estas medidas deben ser impulsadas por el Poder Legislativo. Esto es, por sí de la naturaleza y el contenido de lo regulado, la acción positiva que se adopta concierne derechos de fondo que hacen a la materia legislativa, su alteración solo puede resultar de una ley sustancial y se encuentra vedada a la Administración por el principio de división de poderes (art. 99 de la CN).

En este último argumento se basan los jueces para sostener que la Inspección General de Justicia adoptó medidas de protección o "discriminación inversa" que, aunque inspiradas en loables propósitos, alteraron la regulación establecida en la Ley General de Sociedades.

Esta clase de discriminación fue señalada por la CIDH al citar la jurisprudencia del Tribunal europeo, y esto ocurre cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente perjudicial en un grupo particular. Es por ello que la Sala C indica que el cupo automático debatido no solo impuso una obligación a quienes antes no la tenían, sino también descartó a otros postulantes por el solo hecho de no pertenecer al grupo tutelado, acentuándose su vulnerabilidad al no ser elegidos.

A su vez, este argumento sigue los estándares de la jurisprudencia estadounidense en el caso “Regents of the University of California vs. Bakke”, donde el juez Powell en su voto señala que “en la aplicación de cuotas se está aislando a una persona de todo tipo de comparación con otras” (Mata, 2020).

Por último, el tribunal establece que la “perspectiva de género no impone siempre decidir a favor de la mujer, sino impedir que ella sea postergada por el hecho de serlo; y si bien parece indudable que las acciones positivas, son temperamentos que se encaminan a ese objetivo sobre la base de preferir al grupo cuya tutela se ordena, esa preferencia no puede realizarse a expensas de derechos de otros sujetos que también cuentan con amparo constitucional”. Es por ello que se decidió hacer lugar a la acción pretendida por la parte actora.

Impacto en el marco normativo argentino: ¿coalición o cooperación?

La resoluciones 34/2020 y 35/2020 de la Inspección General de Justicia, del 3 y 11 de agosto del mismo año, hicieron énfasis en introducir a futuro la perspectiva de género en los órganos administrativos de las asociaciones civiles, simples asociaciones, sociedades anónimas, fundaciones y en las sociedades del Estado.

A pesar de que esta reglamentación se fundamentó en tratados del derecho internacional con jerarquía constitucional –véase la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, en los artículos 37 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional Argentina y leyes nacionales entre las que se encuentran las N° 24.012, 27.412, 26.485 y la 27.499, estas resoluciones no fueron bien recibidas por el Poder Judicial, habiendo a la fecha dos fallos en contra de la susodicha prescripción legal (Graziano y Cánepa, 2021).

El análisis judicial del caso “Inspección General de Justicia c/ Línea Expreso Liniers S.A.I.C. s/ Organismos Externos”, propone un análisis profundo de las medidas de acción positiva que deben llevar los Estados sobre la base del principio de no discriminación. El tribunal señala que estas medidas pueden contener un efecto discriminatorio adverso sobre el resto de las personas, porque estas medidas no pueden realizarse a expensas de derechos de otros sujetos que también cuentan con amparo constitucional.

Esta cuestión fue advertida y abordada, con anterioridad a dicho fallo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su OC 27/21. Y si bien el mentado fallo de la justicia comercial nacional no hace referencia a la OC 27/21, se advierte un espíritu común en el efecto discriminatorio inverso que pueden contener ciertas reglamentaciones en materia de género, al no tener en cuenta a los otros grupos históricamente discriminados que cuentan con la misma tutela especial de derechos.

Análisis a la luz de los PRNU sobre Empresas y Derechos Humanos

Cuando el 20 de abril de 2005, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una resolución en la que solicitaba que el Secretario General nombrara un Representante Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, el campo era un profundamente dividido, (De Schutter, 2014).

Después de una amplia consulta de todas las partes interesadas, incluida en particular la comunidad empresarial, la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, compuesta por expertos independientes designados por la Comisión de Derechos Humanos para brindar asesoramiento experto en apoyo de su trabajo, había aprobado en agosto de 2003 un conjunto de normas sobre las responsabilidades de derechos humanos de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (Dahan, Lerner y Milman-Sivan, 2016).

El proyecto normativo se presentó como una reafirmación de las obligaciones de derechos humanos impuestas a las empresas en virtud del derecho internacional. Se basaron en la idea de que "aunque los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover, asegurar el cumplimiento, respetar, asegurar el respeto y proteger los derechos humanos, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, como órganos de la sociedad, no deben violarlos con sus operaciones".

Seis años después, en junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos, que para entonces había sucedido a la Comisión de Derechos Humanos, adoptó un conjunto de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Rectores) que ahora se consideran la declaración más autorizada de deberes o responsabilidades de derechos humanos de los Estados y corporaciones adoptados a nivel de la ONU.

Estos Principios Rectores van más allá de la plétora de iniciativas voluntarias, a menudo sectoriales, que existían hasta ahora. Han sido ampliamente respaldados por organizaciones empresariales y en entornos intergubernamentales, incluida en particular la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) cuando revisó sus Directrices sobre empresas multinacionales en 2011 (Rivera, 2015).

También han sido invocados, aunque a veces a regañadientes, por la sociedad civil. Y ahora están sujetos a un mecanismo de seguimiento dentro del sistema de Naciones Unidas, a través del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos y un foro anual que se realiza sobre este tema.

Este no es un logro pequeño. Se requirió del profesor John Ruggie, designado por el Representante Especial en julio de 2005, un talento considerable para tender puentes entre posiciones antagónicas (De Schutter, 2016).

Su anterior afiliación al proceso del Pacto Mundial, del cual fue el arquitecto principal, sin duda facilitó su tarea, reduciendo la percepción de competencia entre los dos procesos, uno enfocado en el cumplimiento de los derechos humanos y desarrollado bajo la supervisión de un interorganismo gubernamental (es decir, el Consejo de Derechos Humanos), y otro que se ocupa de áreas más amplias de responsabilidad social empresarial, liderado por el sector privado y facilitado por la Secretaría de las Naciones Unidas pero sin ningún papel directo de los gobiernos.

Cuando a principios de 2008 se presentó un marco inicial –edificado sobre los pilares proteger, respetar y remediar– el esqueleto propuesto era tan delgado que casi ninguna parte interesada podía ver una razón para desafiarlo, aunque algunos expresaron la preocupación de que el Marco careciera de ambición.

Los Principios Rectores no son un modelo y no son la última palabra. Son un paso en un proceso que aún se está desarrollando. Son normativa blanda, y como tal no podemos hablar de normativa exigible como si se tratase de obligaciones contenidas en tratados, costumbre o principios generales del derecho. Pero cuentan con una aceptación amplia, y encontramos que gran parte de los Estados de mayor nivel de desarrollo se encuentran aplicándolos y supervisando su implementación mediante planes nacionales de acción, (Brocanelli, 2020; Parella, 2020).

El caso bajo estudio obedece a la interrelación del deber de respetar por parte de los Estados, de proteger por parte de las empresas que han de aplicar la normativa en sus operaciones diarias, y el pilar de remediar, que el Estado deberá realizar no obstaculizando el acceso a la justicia por parte de la población damnificada por la actividad empresarial.

Las acciones afirmativas se correlacionan con el primer pilar, obligación en cabeza del Estado. Es mediante normas, leyes, recomendaciones y acciones de apoyo que el Estado debe definir qué significa y qué no significa que las empresas respeten los DDHH. Advierten Carneiro, Cordero y Martín (2013) que el rol estatal no solo debe ser de fiscalización, sino también de asesoramiento, de cooperación con las empresas.

En la resolución en análisis, si bien su objetivo y finalidad fueron claros, la medida positiva adoptada por el Estado argentino no fue la adecuada y su medio tampoco. Para que el medio fuera el adecuado, el Congreso de la Nación en uso de las facultades que le otorga el artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, tendría que haber reformado la Ley General de Sociedades. Además, la medida tendría que haber sido redactada con la mayor diligencia posible, ya que se le podía estar quitando espacio a otra población en situación de vulnerabilidad (por ejemplo, personas con discapacidad, migrantes/refugiados, LGTBIQ, etc.), logrando “afectar” no solo a la constitución de las futuras sociedades con fines lucrativos en nuestro país, sino también a otros grupos vulnerables que necesitan de la protección de sus derechos.

III. Conclusión

Las idas y venidas que demuestran el derrotero de las resoluciones analizadas y la observación lógica efectuada por la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial no hacen más que señalar el ritmo dual de implementación de políticas públicas en Argentina.

Nadie cuestiona ya la dirección: el objetivo es la reducción de desigualdades que afectan a hombres y mujeres. Argentina ha interiorizado –si bien no siempre citado– la Opinión Consultiva N° 27. Hay un compromiso general en el arco político para la implementación de la temática, pero no hay consenso sobre la forma.

Estos vaivenes en la implementación de una política pública se traducen en demoras, en ineficacias que se acumulan. ¿Dónde está el Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos?

Se necesita una implementación articulada de las políticas públicas, canalizadas mediante los instrumentos legales correctos. Una resolución no reemplaza una ley. En el plano internacional, lo mismo puede extrapolarse: los Principios Rectores no reemplazan un tratado vinculante.

La exigencia de mujeres en directorios de empresas se enfrenta al desafío de no traducirse en una verdadera promoción de oportunidades: ¿se ha trabajado con las empresas para que incorporen una debida diligencia? La contratación de mujeres es uno de los puntos que las empresas multinacionales han incorporado como paso en dicha dirección, y los estudios de mercado han mostrado una reacción positiva de parte de los consumidores a la implementación de estas medidas (Kamminga, 2016; Götzmann, 2017).

¿Más Estado? Sí, pero del modo correcto.

Referencias bibliográficas

- Arat, Z. y Nuñez, C. (2017). "Advancing LGBT Rights in Turkey: Tolerance or Protection?". En *Human Rights Review*, 18(1), pp. 1-19. DOI: 10.1007/s12142-016-0439-x.
- Barahona, L. (2007). "Acción positiva y principio de igualdad". En *Revista de Ciencias Jurídicas*, 112, p. 107. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R22613.pdf>.
- Brocanelli, S. (2020). "¿Por qué Argentina aún no tiene un Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos?". En FUNDEPS.
- Camacho Solís, J. (2015). "Las normas de responsabilidad social. Su dimensión en el ámbito laboral de las empresas". En *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 20, p. 3 DOI: 10.1016/j.rlds.2015.06.001. Disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-latinoamericana-derecho-social-89-articulo-las-normas-de-responsabilidad-social--S1870467015000020>.
- Carneiro, M., Cordero, J., Cordero, C. y Martín, V. (2013). *Cuaderno-Guía de los Principios Rectores ONU sobre Empresa y Derechos Humanos*. Madrid: Puerta de entrada, Sustentia Innovación Social. Disponible en: https://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Informes_y_guías/Cuaderno_Guía_Principios_Rectores_AECID.pdf.
- CIPPEC (2020). "Mujeres en los directorios de Empresas Públicas". Disponible en: <https://www.cippec.org/textual/mujeres-en-los-directorios-de-empresas-publicas/>.

IMPACTO DE LA OC 27/21 EN EL MARCO LEGAL NACIONAL ARGENTINO: ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS PRNU SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN EL CASO "INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA C/ LÍNEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. S/ ORGANISMOS EXTERNOS" (ANDREA N. GENTILE, AGUSTINA N. VÁZQUEZ) - APORTES AL DERECHO / REVISTA JURÍDICA DE UFLO UNIVERSIDAD / AÑO 2022/ VOL. 06 / N° 06 / ISSN 2618-4192.

- Dahan, Y., Lerner, H. y Milman-Sivan, F. (2016). "The Guiding Principles for Business and Human Rights: Labour Violations and Shared Responsibility". En *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations*, 32(4), p. 425. Disponible en: <http://ezproxy.utadeo.edu.co:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edb&AN=120067378&lang=es&site=eds-live>.
- De Schutter, O. (ed.) (2014). *Transnational Corporations and Human Rights*. Oxford: Hart Publishing. DOI: 10.5040/9781472563729.ch-008.
- De Schutter, O. (2016). "Towards a New Treaty on Business and Human Rights". En *Business and Human Rights Journal*, 1(1), pp. 41-67. DOI: 10.1017/bhj.2015.5.
- Götzmann, N. (2017). "Human Rights Impact Assessment of Business Activities: Key Criteria for Establishing a Meaningful Practice." En *Business and Human Rights Journal*, 2(1), pp. 87-108. DOI: 10.1017/bhj.2016.24.
- Hierro Sánchez Pescador, L. (2007). "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy". En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30. DOI: 10.14198/doxa2007.30.34.
- Kamminga, M. (2016). "Company Responses to Human Rights Reports: An Empirical Analysis". En *Business and Human Rights Journal*, 1(1), pp. 95-110. DOI: 10.1017/bhj.2015.2.
- Laura, A., Gustá, R. y Madera, N. (2015). "When Some Rights Matter More than Others Recent National Legislation on Women' Human Rights in Latin America and the Caribbean". En *Canadian Women Studies*, 33(1-2), pp. 117-126.
- Parella, K. (2020). "Hard and Soft Law Preferences in Business and Human Rights". En *AJIL Unbound*, 114, pp. 168-173. DOI: 10.1017/aju.2020.33.
- Rivera, H. (2015). "La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional". En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 15(1), pp. 611-658. DOI: 10.1016/j.amdi.2014.09.011.
- Vítolo, D. (2021). "Paridad de género en la administración de las personas jurídicas privadas, de lo binario a lo diverso., de las recomendaciones y acciones positivas a la imperatividad". En *La Ley*. Cita online: AR/DOC/1989/2021.

Instrumentos legales empleados

- CIDH (1994). Opinión Consultiva 4/84: propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf.

- Comisión Nacional de Valores (2019). Resolución General 797/2019. Publicado en: Boletín Oficial de la República Argentina. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/209844/20190619>.

- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994). Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/convencioninteramericanadebelem-dopara.pdf>.

- Instituto de ética y desarrollo - Universidad Antonio Ruiz de Montoya (Ed.) (2018). Empresas y Derechos Humanos en América Latina: La experiencia de elaboración de los planes de acción en Chile, Colombia y México. Tarea Asociación gráfica educativa.

- Inspección General de Justicia (2020). Resolución General 34/2020. Publicado en: Boletín Oficial de la República Argentina. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233083/20200805>.

- Naciones Unidas. (2018). La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe. (LC/G.2681-P/Rev.3). Publicación de las Naciones Unidas. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf.

- Naciones Unidas (2018). La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe (LC/G.2681-P/Rev.3), Santiago. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/planes_de_igualdad_de_genero_en_america_latina_y_el_caribe_mapas_de_ruta_para_el_desarrollo.pdf.

- Naciones Unidas (2011). Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf.

La garantía del doble conforme en la provincia de Corrientes¹

Francisco Miguel Pesoa (director)²; Claudia René Sánchez y Mercedes Noelia Otazú (asistentes)³; Jorge Alejandro Acuña, Ernesto Tiago Dionofrio, Dora Blanca Luz Martínez, Ana Carolina Ovelar, Soledad María Cristina Mereles Ifrán y María Florencia Tisocco (equipo)⁴.

Resumen

El artículo presenta los resultados de una investigación de campo sobre el cumplimiento de la garantía del doble conforme o de revisión integral del fallo condenatorio en el ámbito de la provincia de Corrientes, realizado por un equipo de investigación conformado por profesores, egresados y alumnos de la carrera de abogacía de la sede regional Paso de los Libres, de la Universidad de la Cuenca del Plata.

Se trata de un estudio de fallos del Tribunal de Casación provincial (Superior Tribunal de Justicia) de un período de cuatro años, recopilando la información y evaluando –con respaldo empírico– el alcance de la garantía del doble conforme.

Sumario

I. Introducción. Breves referencias sobre la evolución de la función del recurso de casación. Visión tradicional; II. Evolución conceptual del alcance del recurso de casación; III. Estado del arte: la situación actual en la provincia de Corrientes y las investigaciones al respecto; IV. Planteo del problema: investigaciones empíricas sobre el cumplimiento de la garantía; V. Justificación: importancia del fenómeno y su abordaje; VI. Materiales y métodos: instrumentos conceptuales y muestra de la investigación; VII. Trabajos realizados; VIII. Resultados obtenidos; VIII. 1. Análisis cuantitativo; VIII. 2. Análisis cualitativo; VIII. 3. La noción general sobre la función del recurso de casación; VIII. 4. La clasificación

¹ Proyecto de investigación radicado en la Universidad de la Cuenca del Plata. Línea de investigación: Acceso a la Justicia. Aprobado por disposición N° 478/19 del 14/5/2019 (Vicerrectoría Académica).

² Abogado. Docente de la Universidad de la Cuenca del Plata.

³ Abogadas. Docentes de la Universidad de la Cuenca del Plata, sede Paso de los Libres.

⁴ Abogados graduados en la Universidad de la Cuenca del Plata.

de los datos; 8. 5. Análisis comparativo; VIII. 5. 1. La valoración de los testimonios y la intermediación; VIII. 5. 2. Valor de los testimonios en juicio o previos al juicio; VIII. 5. 3. La justificación de la pena y sus controles; VIII. 5. 4. El incumplimiento de garantías procesales y su revisión en casación; IX. Conclusiones; X. Perspectivas; XI. Bibliografía consultada.

I. Introducción. Breves referencias sobre la evolución de la función del recurso de casación. Visión tradicional

A lo largo de la historia del derecho procesal existieron dos modos de regulación política de los efectos procesales que producía la sentencia condenatoria en las causas criminales. Por un lado, en general empleado en las sociedades que adoptaron el denominado sistema acusatorio, la decisión de condenar al acusado estuvo usualmente a cargo de una asamblea o grupo de ciudadanos, representativos de la comunidad, de modo que su decisión no permitía su revisión en la medida que no existía instancia superior a la cual acudir. En términos técnicos esto significaba que ella era irrecurrible y, por tanto, se ejecutaba de inmediato (Maier, 2004). En el otro modelo, que usualmente denominamos inquisitivo, como la sentencia era dictada por un órgano que representaba la voluntad del soberano, el acusado tenía la posibilidad de que el superior revise la decisión para controlar la legalidad o razonabilidad de la condena (Maier, 2004). En la actualidad, la necesidad de asegurar ciertos controles en las decisiones judiciales y garantizar una sentencia justa se impuso la idea de que, aún con muchos matices, se debe asegurar algún tipo de revisión de la sentencia condenatoria, sea por medio de un recurso procesal o una acción autónoma de revisión.

En general la manera más usual de regular este tipo de revisiones en las leyes procesales emplea un sistema de recursos contra la sentencia, entre los que tienen mayor relevancia el recurso de apelación y el recurso de casación (Binder, 2009). El primero de ellos supone una revisión amplia de la condena, en tanto permite al tribunal a cargo del control verificar la mayoría de las condiciones que motivaron la condena. En otras palabras, permite el análisis de las cuestiones referidas a la prueba que se valoró para considerar acreditado el hecho delictivo, cómo fue valorada, qué pruebas fueron omitidas o no valoradas, la coherencia y consistencia de los argumentos empleados en el proceso de valoración, los fundamentos legales y la corrección de la subsunción jurídica a los hechos considerados comprobados (Vázquez Rossi; Ábalos, 2008; Almeyra, 2007). El segundo de los recursos, la casación, contiene una amplitud relativa si se lo compara con el primero. La función primordial de este recurso ha sido, históricamente, la verificación de la fundamentación legal de los fallos. Esta revisión se denominó tradicionalmente como el control de las “cuestiones de derecho”, donde su objetivo principal fue siempre la unificación de la jurisprudencia en su faz jurídica (Clariá Olmedo, 2011). Esto es, asegurarse una interpretación más o menos uniforme de las normas legales para garantizar una mayor seguridad jurídica. Asumiendo que esta era su finalidad, en las regulaciones legales no se habilitaba al tribunal del recurso a revisar otro tipo de cuestiones, como las referidas a la prueba sobre la acusación y los hechos en

que se basó la condena, identificadas como “cuestiones de hecho” (Bacigalupo, 2005; Maier, 2004). Y esta pretensión unificadora del recurso de casación se le añadía otra, que de alguna manera ampliaba su extensión, vinculada con situaciones referidas a la razonabilidad de la argumentación empleada para justificar la condena, evitando de ese modo que la sentencia condenatoria no sea arbitraria.

En nuestro país, los códigos procesales penales que prevén el juicio oral y público, actualmente la totalidad de ellos, regula el recurso de casación como mecanismo principal de revisión de la sentencia en casos penales, incorporado al sistema legal para facilitar cierto control de la decisión y favorecer una revisión de su condena, aunque esencialmente en sus aspectos jurídicos (Vázquez Rossi, 2011).

En los hechos, sin embargo, esto significó una –muchas veces– irrazonable limitación del derecho de revisión del fallo, puesto que los tribunales de casación excluían de su análisis los casos donde el error no se relacionaba con la calificación o fundamentación jurídica del caso, de manera tal que quedaban fuera del alcance de esta revisión cuestiones como la incorrecta valoración de la prueba o la omisión de valorar pruebas relevantes para decidir la suerte del caso (Cafferata Nores, 2000). Una forma de resolver esta situación condujo a emplear la doctrina de la arbitrariedad, creada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 326:3734, 322:2880, 315:503, entre muchos otros) que permite, en ciertas situaciones, en las que se alega que hubo un grosero o muy evidente error, ingresar al análisis de este tipo de situaciones y, por esa vía, revocar fallos por “cuestiones de hecho” (Almeyra, 2007). Cabe anotar, sin embargo, que la posibilidad de ingresar a este tipo de análisis siempre estuvo condicionada a la discreción del tribunal revisor, en tanto no existían parámetros normativos que determinasen cuándo una sentencia podía ser considerada arbitraria y cuándo no.

II. Evolución conceptual del alcance del recurso de casación

Esta situación fue modificándose paulatinamente a partir de la reforma de nuestra Constitución Nacional del año 1994, que incorporó numerosas convenciones internacionales sobre derechos humanos, entre las que se destaca especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969). Ella, en su artículo 8. 2. h., consagra el derecho de toda persona inculpada en causa penal a recurrir el fallo condenatorio ante un juez o tribunal superior. Lo mismo ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), que en su artículo 14. 5 también prevé el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que la condena y la pena impuesta en esa condena sean sometidas a la revisión de un tribunal superior.

Desde ese momento, la posibilidad de contar con un recurso efectivo contra la sentencia condenatoria dejó de ser solamente un derecho de consagración legislativa y se convirtió en una garantía contemplada expresamente en la Constitución Nacional, por la mencionada incorporación convencional (Cafferata Nores, 2000). Esto trajo numerosas consecuencias a la visión que hasta ese momento se tenía del recurso, cuál debería ser su verdadero alcance y cuáles sus límites. Si bien es cierto que tiempo antes ya se habían propuesto transformaciones para lograr que el recurso contra la sentencia

se amplíe e incluya algo más que las denominadas cuestiones de derecho (Maier, 2004), la reforma constitucional exigió una definición más rigurosa y formal al problema.

En ese proceso, con muchas voces que en la literatura especializada reclamaban modificaciones verdaderamente significativas (entre otros Pastor, 2000), en el año 2005 nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó un precedente paradigmático que transformó el sentido del recurso de casación para que, por ese medio, se asegure el cumplimiento de la garantía prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (precedente “Matías Casal”, *Fallos*: 328:3399). En ese precedente judicial, empleando algunos de los argumentos que la literatura jurídica sostenía ya por ese entonces, y particularmente los fundamentos y advertencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (Serie C, N° 107, del 02/07/2004), la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó entrever que tomaba esa decisión ante la omisión del Congreso Nacional de prever en el código procesal penal un recurso específico que garantice la revisión amplia del fallo condenatorio conforme la normativa internacional de derechos humanos (voto de la ministra Highton de Nolasco).

Con esta inteligencia el tribunal sostuvo que la previsión contenida en la Convención no podía esperar una reforma legislativa para asegurar el cumplimiento de la garantía allí prevista, de modo que, como los jueces también son responsables de tornar operativas las cláusulas convencionales, debía proponerse una nueva interpretación sobre el alcance y funciones de la casación como herramienta procesal. Agregaron, para llevar a cabo esa transformación, que al realizar un análisis dogmático de las reglas que regulan el recurso de casación en el Código Procesal Penal de la Nación no se advertía ninguna norma que limite la revisión exclusivamente a las cuestiones de derecho. De este modo, y a pesar de que históricamente esa era la función de este recurso, nada impedía que pueda ser empleado como herramienta para una revisión amplia del fallo condenatorio, convirtiéndolo, en la práctica, en un recurso con características que lo asemejan mucho más a la apelación común que a la visión tradicional del recurso de casación. Las únicas limitaciones a la revisión, señaló la Corte, eran las que provenían de la inmediación, es decir, de aquellas percepciones de los jueces del juicio, producto de participar de las audiencias del debate. Todo lo demás podía ser revisado en casación, lo que naturalmente incluía la revisión de los planteos que clásicamente fueron designados como cuestiones de hecho.

Con esta propuesta, los tribunales de casación del país fueron redefiniendo su visión sobre la función de este recurso y fueron ajustando sus doctrinas hacia una nueva interpretación de las normas procesales que lo regulaban. De esta manera, alineados con el pensamiento de la Corte Suprema, consideraron a aquel como una forma apropiada de garantizar el derecho a la revisión de la condena, en lo que ya por ese entonces se conocía como la doctrina del doble conforme.

III. La situación actual en la provincia de Corrientes y las investigaciones al respecto

En el caso de la provincia de Corrientes, el Superior Tribunal de Justicia, que funciona como único

tribunal de casación, también adoptó esa posición y a partir de entonces comenzó a admitir los recursos contra la sentencia cuando aquellos se fundaban en cuestiones de hecho. De la idea tradicional de que al tribunal de casación le compete únicamente la revisión del juicio de derecho (sentencias N° 194/05, 198/5, entre muchas) fue adecuando su razonamiento a la nueva corriente doctrinal que llegó también a la jurisprudencia, aseverando que el recurso de casación debía comenzar a considerarse con un criterio amplio, para que el tribunal de casación “descienda a las cuestiones de hecho y prueba” (sentencias N° 211/05, 212/05, 222/05, 5/06) y asegurar una revisión amplia de la sentencia condenatoria (sentencia N° 21/2006 y sucesivas). Desde entonces, el ámbito de aplicación del recurso de casación en la provincia se vio redefinido, justificando su nueva visión en el precedente “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, a su vez, invocó como fuente el fallo “Herrera Ulloa” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, delimitando de este modo la garantía del citado artículo 8. 2. h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

IV. Investigaciones empíricas sobre el cumplimiento de la garantía

Sin embargo, hasta el momento no se han producido investigaciones empíricas para establecer si, y en qué medida, el tribunal de casación asegura la garantía del doble conforme, revisando con la amplitud requerida las sentencias condenatorias recurridas. En otras palabras, no contamos hasta el momento con ninguna evaluación del alcance que el nuevo paradigma produjo a nivel provincial, la forma en que operó y si cumple con los estándares que exigen las fuentes en que se justificó, lo que supone una buena razón para realizar una investigación que analice la información disponible al respecto.

El marco conceptual construido a partir de las referencias sobre la evolución del alcance que debe tener la garantía de la revisión de la condena supone el punto de partida para asegurar que la persona condenada tenga una verdadera oportunidad de que se examine la decisión que lo condenó. Ahora, ese marco conceptual es insuficiente para definir si realmente la construcción teórica se cumple y, si lo hace, en qué medida se alcanza a satisfacer la garantía consagrada en las convenciones internacionales.

Cuando observamos el fenómeno incluyendo no solo la necesidad de definir la garantía sino también la de verificar su funcionamiento, nos encontramos con el problema de que no contamos con información que respalde alguna conclusión sustentable sobre el tema, de modo que los análisis carentes de este tipo de información serán siempre limitados. En el caso de la investigación, circunscrita al ámbito de la provincia de Corrientes, puede resultar útil como punto de partida para investigaciones similares a nivel regional o nacional y contrastar datos que permitan conclusiones más rigurosas sobre la temática abordada.

Por el otro lado, un análisis provisorio de los fallos emitidos por el Superior Tribunal de Justicia de los últimos años nos permite conjeturar que la revisión no se cumple satisfactoriamente. La observación cuantitativa que puede realizarse de estos fallos permite apreciar que un significativo número

de casos donde se plantean recursos de casación contra la sentencia condenatoria son rechazados en su totalidad, lo que abre la puerta a la sospecha de si estos datos provisionales justifican sostener seriamente que la garantía del doble conforme no se adecúa a los estándares de control eficiente.

V. Importancia del fenómeno y su abordaje

A partir de la situación señalada, la investigación abordó el fenómeno de determinar el alcance de la garantía de la revisión amplia de la condena en términos empíricos, recopilando datos sobre cómo se resuelven los casos judiciales en términos de aplicación de esta garantía.

Consideramos que la propuesta supone un avance en el estudio de la temática procesal propuesta en tanto, a nivel provincial, y con incidencia sobre la región de nuestro país, son inusuales las investigaciones jurídicas empleando una metodología como ésta. No son habituales, en este sentido, los trabajos de campo que exploren, describan y evalúen la información disponible sobre el funcionamiento de algún instituto jurídico o judicial en particular, así como tampoco la relación que existe entre estos datos y las construcciones conceptuales que sugiere la literatura jurídica.

Estamos hablando de que la generalidad de los trabajos de investigación jurídica se concentra en emplear métodos analíticos relacionados con la dogmática jurídica. Éstos, naturalmente, son esenciales para establecer marcos de reflexión, pautas de interpretación, fundamento y fines de cada objeto abordado. Pero el problema que se observa, y se omite considerar, está relacionado con la falta de respaldo empírico del trabajo teórico. Revisar cómo funciona realmente un fenómeno, cuánto se acerca o se aleja de la regulación normativa y de las propuestas teóricas en torno a su interpretación y aplicación, también son parte esencial del trabajo analítico, que en el ámbito de nuestra disciplina se considera muchas veces un problema externo, como si se tratase de información que careciera de relevancia para definir nuestros objetos de estudio. Y esto es absolutamente cierto desde la dogmática jurídica. Pero no implica que no forme parte de una visión más amplia del objeto de estudio del derecho. En este sentido, la investigación propone una elaboración diversa y, a la vez, complementaria a la dogmática.

Por el otro lado, ya en relación más específica con el objeto abordado, los resultados de la investigación ofrecen información respaldada sobre la extensión que la garantía del doble conforme presenta en la provincia de Corrientes. Esto contribuye significativamente a conocer mejor su verdadero alcance y abrir el camino a propuestas alternativas para corregir inconsistencias que puedan advertirse entre su análisis dogmático y su funcionamiento real.

En consecuencia, la importancia de la investigación puede ser vista en dos niveles. Por un lado, llevar adelante un trabajo de investigación sobre un tema que no fue analizado hasta el momento en nuestra región. En segundo lugar, propone un método novedoso en nuestro medio, como lo es el empírico, para intentar identificar el funcionamiento real del instituto del doble conforme en la región. Antes que una exploración teórica sobre el recurso de casación o un análisis dogmático sobre

la garantía, nos concentramos en un abordaje empírico del fenómeno. La propuesta resulta tan necesaria como las investigaciones de tenor conceptual, puesto que nos permiten completar mejor las conclusiones sobre el fenómeno y aportar información de campo sobre él.

VI. Instrumentos conceptuales y muestra de la investigación

Para cumplir nuestro objetivo tomamos como base un muestreo de fallos dictados en los últimos años por el Superior Tribunal de Justicia provincial a fin de revisar las decisiones adoptadas en ese período y verificar en qué medida fueron analizados los hechos y la prueba del caso de acuerdo a los agravios presentados en los recursos de casación en cada caso. Para definir las variables analíticas tomamos como parámetros los estándares propuestos en los precedentes invocados por el propio Superior Tribunal de Justicia como los principales fallos vinculados con la garantía del doble conforme. Hablamos, como ya se indicó, de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Herrera Ulloa v. Costa Rica” y, en el ámbito local, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Matías Casal”.

En función de que éstos fueron los fallos que el propios Superior Tribunal de Justicia señaló como las guías a seguir, la investigación asume que las regulaciones internacionales sobre derechos humanos conceden a la persona condenada en causa criminal una oportunidad para que un tribunal distinto al que lo condenó revise esa decisión. En nuestro caso las regulaciones más específicas se encuentran previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estas regulaciones se vieron reflejadas en casos concretos, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó la garantía y comenzó a definir su extensión.

Como también se dijo, en nuestro país el fenómeno comenzó a reescribirse con el precedente “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, proponiendo una nueva interpretación del recurso de casación, terminó por modificar sus alcances y extenderlo mucho más, al punto de que, en el proceso penal actual, no tiene muchas diferencias sustanciales con el denominado recurso de apelación empleado principalmente en los procesos civiles.

Estas sentencias indican las pautas que los tribunales de revisión deberán considerar y respetar para asegurar la correcta justificación del fallo condenatorio y su revisión integral de forma que cumplan con los estándares que la garantía exige. De este modo las pautas sugeridas nos sirven para conocer esos estándares y, a la vez, también como herramientas para facilitar la identificación de las variables necesarias para determinar si la revisión cumplió con aquellos estándares en cada caso.

El fallo “Herrera Ulloa”, puntapié inicial para desarrollar el alcance de la garantía del doble conforme, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos continuó definiendo en fallos posteriores, subraya que los Estados están obligados a tener una vía procesal que permita revisar la decisión adoptada frente a una sentencia condenatoria penal. Pero, añade, la mera existencia de un órgano superior al que juzgó a la persona condenada, que intervenga en el caso posteriormente, tampoco satisface

el derecho de recurrir el fallo. Para que exista “una verdadera revisión de la sentencia” es necesario que ese tribunal reúna “las características jurisdiccionales” que lo “legitimen para conocer el caso”. También remarcó que este recurso debe ser uno “ordinario”, “eficaz”, con el que se pueda lograr “la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho”.

Esto significa que el mecanismo empleado debe asegurar la revisión del fallo condenatorio por medio de un juez en condiciones de controlar y corregir. No solo debe contar con potestad sino también con legitimidad para hacerlo, de modo que no es suficiente la capacidad legal de entender (competencia judicial) sino, más importante, debe tener capacidad de actuar como un verdadero órgano de revisión. Junto a ello, el recurso debe garantizar la posibilidad de que se corrijan decisiones, de modo que si el mecanismo permite revisar y controlar pero sin una verdadera posibilidad de corregir, tampoco sería un *recurso eficaz*. La idea de que el tribunal tenga “características jurisdiccionales” que le permitan conocer el caso probablemente se identifique diciendo que, entre esas características, tiene que existir una que le dé la potestad de corregir errores en las sentencias condenatorias que, podríamos añadir, para que sea eficaz deber ser una potestad que se ejerza y no solo se proclame. Esto queda mucho más claro cuando leemos un poco después en el fallo comentado que no basta con la existencia formal del recurso, sino que él debe “dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”. El recurso no solo debe ser asegurado en términos formales, admitiendo su existencia y revisando fallos, sino que debe dar respuestas específicas sobre la revisión integral, pues esa sería su finalidad. Entonces, si el recurso contra la sentencia, tanto en su regulación legal como en la forma en que la aplican los tribunales judiciales, no asegura cumplir con el objeto, no se cumple con la garantía convencional.

Podemos concluir, entonces, por lo que nos dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este caso, que la finalidad del recurso no es simplemente asegurar la revisión del fallo sino la de corregir errores. La garantía, entendida de ese modo, no se asegura con la revisión si no se asegura una verdadera posibilidad de modificar el fallo condenatorio o, incluso, revocarlo.

Quizá esa observación sea la más significativa de todas, porque, según vimos hasta este momento, se corre el riesgo de definir la garantía con la posibilidad de revisar fallos, pero parece que no es solo eso lo que la garantía propone. Esta garantía, en el fondo, nos dice que lo más relevante es que exista una posibilidad real de corregir sentencias consideradas erróneas, lo que exige es esfuerzo mayor al tribunal encargado de revisar los fallos y, según las propias palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe permitir al juez revisor un análisis “compreensivo” e “integral” de “todas” las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal de juicio que, como señalamos, lo ponga en condiciones de corregir los errores que pudo tener el fallo condenatorio.

Por su parte, según anticipamos, el precedente “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación marcó el camino a seguir para asegurar la revisión integral del fallo conforme lo exige “Herrera Ulloa”. De este modo, el precedente nacional nos sirve para delimitar qué se supone que debe hacer el tribunal de casación y en qué consiste la revisión.

En este fallo, el tribunal federal se encargó de precisar que para asegurar la garantía del doble conforme y permitir una revisión integral del fallo condenatorio debemos considerar que el recurso de

casación es un medio idóneo para ese fin, puesto que, entre otras cosas, podemos considerarlo como un mecanismo que facilita examinar la decisión de condena y determinar si carece o es contradictoria su fundamentación. Esto ocurre, entre otros casos, cuando las pruebas no son valoradas conforme a las reglas de la sana crítica racional, de donde se deduce que la valoración de la prueba es susceptible de revisión.

Ahora bien, debido o como consecuencia del carácter oral de los juicios penales, el principio de inmediación será el límite que la revisión casatoria no puede superar, puesto que el único juez en condiciones de valorar lo que ocurre en la audiencia es el juez que estuvo presente en ella. Como ya señalamos, lo único que –siempre según “Casal”– no puede revisarse es lo que surja de la inmediación que, en términos prácticos, se traslada esencialmente a la prueba testimonial ya que todo lo demás se encuentra registrado documentalmente. Pero, además, dentro del análisis de la prueba testimonial, lo único que en realidad no es revisable es aquello que surja de la impresión personal que los testigos puedan producir en los jueces del juicio, de modo que todo lo demás, aún sobre la valoración de la prueba testimonial, es revisable en casación puesto que “es controlable por actas lo que estos [los testigos] deponen”. También se añadió que, sobre esas percepciones personales que los jueces tuvieron sobre los testigos, los magistrados deben dar explicaciones al respecto en el fallo de condena. Es decir, cuáles fueron esas impresiones y de qué modo fueron valoradas, porque en caso contrario no pueden ser validadas para justificar la decisión de condena. Concluye el punto señalando que el juicio oral y la revisión amplia en casación son compatibles “en la medida que no se quiera magnificar el producto de la inmediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo esfuerzo revisor”, lo que significa que la inmediación no debe servir como excusa para no controlar lo que, en el caso concreto y en los hechos, es perfectamente controlable.

Una de las herramientas más útiles que, en términos prácticos, permite desarrollar los análisis necesarios que ayuden a decidir si en un caso concreto se examinó todo lo que podía examinarse, la encontramos en el momento en que el tribunal federal mencionó una propuesta interpretativa que en la literatura jurídica se conoce como la teoría del máximo rendimiento (considerando 26), de origen en la doctrina alemana de mitad del siglo pasado, aunque explícitamente sugerida para la revisión del fallo condenatorio en causas penales (Pérez Barberá, 2009). Este mecanismo exige, según se indicó en el precedente “Casal”, que el tribunal revisor analice el fallo recurrido hasta los límites que le sean posibles. Se trata de evaluar la coherencia lógica de los argumentos utilizados en el fallo, los métodos de valoración de la prueba empleados y su anclaje en la prueba efectivamente producida en el juicio, todo ello con los límites que imponen los reproches que el propio condenado propone para cuestionar el fallo (agravios). Ésta sería una idea más concreta de lo que normalmente diríamos al señalar que se deben aplicar las reglas de la sana crítica racional, lo que incluye también el control de la forma en que el tribunal de juicio seleccionó la prueba, cuáles fueron omitidas y, muy especialmente, el cumplimiento de los requisitos derivados del principio lógico de razón suficiente (Ledezma, 2020).

La teoría nos habla de un escrutinio riguroso y exhaustivo de toda la evidencia utilizada para tomar la decisión pero, a la vez, toda la que no fue empleada en la valoración y que podría, a juicio del tribunal de casación, tener incidencia en la decisión. El único límite se produce con lo que se denominan “las

impresiones personales producto de la intermediación” (Binder, 2009). Esto significa que quedan fuera de análisis aquellos factores que los juzgadores tuvieron en cuenta a partir del contacto personal con las personas que declararon en el juicio. El ejemplo más claro lo encontramos en la percepción sobre lo convincentes o no que fueron las personas que declararon en el juicio, incluyendo en la valoración los aspectos conductuales durante su testimonio, el contexto paralingüístico de la declaración. Estas impresiones solo pueden lograrse por quienes presenciaron su narración durante el juicio, de modo que el tribunal de casación se encuentra imposibilitado de valorar esas apreciaciones (Montero Aroca, 2016). Sin embargo, sobre esas impresiones personales, como pudimos observar, los juzgadores deben dar cuenta expresa en su fallo para validar la impresión que les causó y el valor que se asignó a esa impresión. En otras palabras, deben explicar, junto a la evaluación de la consistencia de la narración, qué impresión les causó el testigo mientras declaró y cómo esas impresiones son empleadas en el análisis de su credibilidad. De otro modo, también podría ser examinada e impugnada en casación una fundamentación que se justifique en las impresiones personales pero no las describa o no explique cómo fueron valoradas. Esta exigencia adicional lleva a que, en realidad, es poco o nada lo que queda fuera de la revisión amplia de la condena si los jueces cumplen con esta descripción complementaria (Rodas Peluc, 2016).

De allí que, empleando estas herramientas conceptuales como ejes de nuestro análisis, nos concentramos en verificar si la revisión casatoria cumplió con estos estándares. Si la revisión se encargó de controlar el fallo condenatorio en los puntos que fueron materia de agravio relacionados con la forma en que fue valorada la prueba por los jueces del juicio, la capacidad de cada una de ellas para demostrar lo que con ellas se confirmó, las posibles inconsistencias entre los testimonios y otras pruebas, los reproches al valor o a la legalidad de la prueba de cargo, si se revisó todo lo que podía revisarse y si el único límite fue el que impone la intermediación. También si en estos casos se controló en casación qué fundamentos dio el fallo condenatorio sobre las impresiones personales que los testigos dejaron en los jueces del juicio y si se analizaron cuán razonables fueron esos fundamentos.

VII. Trabajos realizados

Con esto en mente, la investigación se concentró en delimitar, como campo de estudio, un número significativo de fallos dictados por el Superior Tribunal de Justicia en los últimos años para emplearlos como base empírica. El número escogido implica una muestra lo suficientemente amplia para asegurar que los datos analizados sean representativos de las posiciones que adopta el tribunal y de los argumentos que emplea para resolver los recursos de casación, a la vez que nos permita marcar una tendencia en estos puntos y, hasta donde sea posible, predecir el alcance con que pueden tratarse estos recursos en el futuro.

Escogimos como base los fallos dictados por el Superior Tribunal de Justicia entre los años 2015 y 2018, es decir, los fallos dictados en esos cuatro años en materia penal, que ascienden a un total de

855 sentencias. Dentro de ellos extrajimos, en primer lugar, aquellos que se referían al objeto de nuestra investigación. Esto es, las sentencias donde se revisaba el recurso de casación planteado por la persona condenada contra la sentencia que lo condenó. Se excluyeron los casos donde la sentencia se refería al análisis de recursos vinculados con otros motivos, como la prisión preventiva, el rechazo de la solicitud de suspensión del juicio a prueba, nulidades no relacionadas con la sentencia condenatoria ni interpuestas junto al recurso contra ella, etc.

Se incluyeron, por otra parte, los fallos dictados por el tribunal en virtud del recurso de casación interpuesto por las partes acusadoras, esto es fiscalía, querrela y la asesoría de menores en ciertos casos, en los que se solicitaba la revisión de una sentencia absolutoria o una condena menor a la solicitada por estos sujetos procesales.

Luego escogimos dentro de este grupo de sentencias un número menor (290 fallos) como muestra para el análisis argumental. Esta información nos sirvió como contraste para una interpretación contextual de la información que contribuyó a obtener conclusiones más rigurosas sobre nuestro objeto de estudio.

El paso siguiente del proceso se ocupó de compilar los fallos que conformaron la muestra y, en cada uno de ellos, identificar las variables empleadas como fundamento de la revisión de los agravios deducidos en cada uno de los casos. De este modo distinguimos, por un lado, los agravios empleados con mayor habitualidad en los recursos, clasificándolos en categorías definidas por el motivo del cuestionamiento y, por el otro lado, clasificamos las respuestas que recibieron los agravios. El cruzamiento de estos datos fue lo que siguió, y con ellos logramos obtener conclusiones más claras sobre cómo y con qué alcance son resueltos los recursos y, de ese modo, el grado de cumplimiento de la revisión integral del fallo.

VIII. Resultados obtenidos

Los resultados obtenidos nos permitieron distinguir la información de acuerdo a las categorías propuestas y analizarlas en términos cuantitativos y cualitativos. Ambos niveles son relevantes para lograr una comprensión más clara del fenómeno que investigamos.

VIII. 1. Análisis cuantitativo

Comenzando con los datos cuantitativos que obtuvimos, los resultados son más evidentes y, de algún modo, permiten perfilar algunas de las posibles conclusiones sobre la pregunta principal que planteamos al delimitar la investigación. De la totalidad de fallos que formaron la muestra, es decir, aquellos donde se trató un recurso contra la sentencia condenatoria presentado por el imputado (430 fallos), el tribunal de casación provincial resolvió hacer lugar al recurso en cinco

casos. En el resto de los fallos que formaron la muestra los recursos de casación fueron rechazados en su totalidad.

Esta abrumadora cantidad de recursos rechazados nos ofrece una primera aproximación sobre el alcance que en la provincia tiene la garantía de la revisión integral del fallo condenatorio. Si bien se trata de una aproximación basada en datos estadísticos y, por tanto, no podríamos considerarla concluyente, nos sugiere al menos dos posibilidades: o que los estándares que exige la garantía de la revisión amplia de la sentencia son aplicados con significativo rigor o, de otra manera, que son aplicados principalmente en términos formales, sin extenderse a la revisión sustancial del fallo.

VIII. 2. Análisis cualitativo

El análisis cualitativo se concentró en verificar el tratamiento argumental de cada uno de los agravios presentados en los distintos recursos de casación analizados. Básicamente, el trabajo implicó revisar las justificaciones que se emplearon en cada caso para contestar estos agravios, observando la motivación o fundamentos del fallo.

Para explicar mejor este proceso analítico desarrollaremos, en primer lugar, una descripción de los argumentos que el Superior Tribunal de Justicia empleó para indicar la manera en que interpreta el sentido y alcance del recurso de casación. Esta primera idea nos permitirá delinear la inteligencia del recurso en el ámbito provincial y, a la vez, nos servirá como pauta para entender mejor la forma en que trata cada uno de los agravios sometidos a su valoración.

Continuaremos luego, en términos esencialmente descriptivos, con los agravios que se expusieron en los fallos incluidos en la muestra y explicar la manera en que los clasificamos para facilitar su análisis. Inmediatamente después presentaremos los razonamientos expuestos en cada caso como respuestas a los agravios. En este caso, la tarea no se limitará a describirlos sino que, a la par, serán acompañados de las observaciones y conclusiones más relevantes sobre la consistencia de las respuestas ofrecidas, tomando como parámetros los estándares propuestos y el cruzamiento de respuestas que en distintos fallos tuvieron agravios similares. En todos los casos, entre paréntesis se incluirá al menos uno de los fallos donde se observó el fenómeno al que hacemos mención en la situación analizada.

VIII. 3. La noción general sobre la función del recurso de casación

En el desarrollo de los fundamentos de las sentencias analizadas, uno de los argumentos más usualmente empleados para explicar la naturaleza del recurso de casación enfatiza su carácter extraordinario. Al respecto, el tribunal sostuvo invariablemente que la casación es un recurso extraordinario que tiene por finalidad corregir errores sustanciales o procesales del tribunal de juicio, de modo que el recurrente tiene el deber de fundar adecuadamente sus recursos (97/15, 106/15). Recordando el cambio de paradigma que implicó el precedente "Casal", aclaró, sin embargo, que la garantía de re-

visión no exige al impugnante de la carga de exponer los agravios de manera específica y motivada, señalando y demostrando los errores que atribuye al fallo recurrido, indicando una a una las causas que por las que esa sentencia se considera injusta o contraria a derecho (9/15). La crítica, añade, supone un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo para demostrar sus errores fácticos o jurídicos, mientras que el mero disenso no es más que una exposición donde se expresa el simple desacuerdo con esa decisión.

La idea general de la explicación sugiere que, aun siendo una garantía para el imputado, el recurso de casación debe satisfacer ciertos requisitos relacionados con la carga de demostrar qué fallo condenatorio no cumplió con el deber de exponer sus razonamientos probatorios y de qué modo ese incumplimiento perjudica al recurrente. Por esa razón no puede tolerarse que la defensa simplemente “se limite a reeditar los agravios que sostuvo en los alegatos” durante el juicio, “sin hacerse cargo de los fundamentos” introducidos luego en el fallo condenatorio (sentencias 89/15, 15/15, 10/15). Este tipo de deficiencias, sin embargo, deben ser relativizadas en aras de asegurar el derecho a la revisión (10/15, 20/15, 22/15). Al parecer, esta forma de ver el recurso y los deberes de los recurrentes nos permite pensar que, para el tribunal de casación, la garantía analizada no solo exige cuestionar la prueba del caso, sino, muy especialmente, cómo fue valorada por la sentencia condenatoria, motivo por el cual la impugnación debe concentrarse en este último punto. Será esa, en consecuencia, la vía que permitirá la revisión amplia del fallo condenatorio.

VIII. 4. La clasificación de los datos

Según anticipamos hace unos momentos, será conveniente que la descripción de los argumentos empleados con más frecuencia en los fallos del tribunal de casación para contestar los agravios expuestos en los recursos sea expuesta junto con los agravios a los que se refieren, para facilitar su comprensión. Cabe señalar que la identificación de cada uno de estos agravios surgió del examen de los mismos fallos incluidos en la muestra, lo que significa que la investigación no tuvo acceso a los recursos de casación en sí mismos, sino a la síntesis que de ellos hizo la propia sentencia de casación donde se analizó el caso. Advertimos esta situación puesto que esta circunstancia supone una limitación en nuestra exploración para determinar el alcance y contenido de cada una de las impugnaciones y en qué medida cumplió con los requisitos exigidos por el tribunal de casación.

Con la misma intención de facilitar la comprensión de la información acumulada agrupamos los agravios y las respuestas obtenidas de acuerdo a categorías construidas según el grado de similitud de los problemas planteados en cada uno de ellos.

Comenzamos con una primera categoría referida a los agravios donde se cuestionó la valoración de la prueba, sea porque no se valoró toda la prueba del caso o bien porque se sobrevaloró la prueba de cargo. Esta es la categoría más numerosa e incluye situaciones donde el agravio se refería, en términos generales, a la falta de aplicación de alguna de las reglas incluidas en el sistema de la sana crítica racional. Más específicamente, éstos indicaban cuestionamientos vinculados a la falta de análisis de

la credibilidad del testimonio, a la falta de valoración de testimonios de cargo, porque se priorizó el testimonio previo al juicio por sobre el del juicio y, a la inversa también, porque se valoró el testimonio en juicio por sobre los realizados en los primeros momentos de la investigación, porque no se analizaron las contradicciones en un testimonio de cargo o entre varios entre sí, cuando la fundamentación sobre la prueba fue solo aparente, o cuando la condena se basó en prueba conjetural.

Una segunda categoría agrupó los agravios relacionados con la individualización de la pena impuesta, donde las categorías se refirieron a la falta de análisis de elementos atenuantes, aquellos donde se impuso una pena desproporcionada a la gravedad del hecho, y en aquellos casos donde se planteaba directamente la falta de justificación de la pena impuesta.

Una tercera categoría incluyó aquellas situaciones donde se cuestionaba el incumplimiento de alguna de las formas sustanciales del proceso, siempre que el incumplimiento alegado se relacione de manera directa –en el propio recurso– con la sentencia condenatoria. Entre ellas se incluyen como subcategorías aquellas donde los agravios reclamaron vulneraciones a garantías procesales vinculadas a la imparcialidad del juez, a la prohibición de declarar contra uno mismo, la imposibilidad de producir prueba de descargo en algún momento del proceso y aquellos otros donde, de un modo más genérico, se cuestionaba la afectación al debido proceso o la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Por el otro lado, también clasificamos las respuestas que estos agravios recibieron. De hecho, la primera categoría de respuestas, precisamente, distingue entre aquellos casos donde el agravio tuvo una respuesta específica y aquellos donde no. En el caso de que la obtuviera también distinguimos si se trató de una respuesta sobre todos los puntos desarrollados en el planteo o si solo fue una respuesta parcial (en los casos en que se dedujo más de un agravio).

En este punto debemos dejar en claro que el análisis de la investigación no consideró la corrección de cada una de estas respuestas o la plausibilidad de las posiciones jurídicas empleados por el tribunal de casación para determinar si tuvieron respuestas los motivos de cada impugnación. Solo verificamos en qué medida la sentencia de casación se ocupó de contestar específica y explícitamente cada uno de los puntos sometidos a su control, con absoluta independencia del sentido de esas respuestas. No se trató de una evaluación acerca de si las respuestas fueron razonables o el modo más correcto de contestar cada uno de los recursos deducidos. En los casos donde el tribunal casatorio analizó el agravio y le dio una respuesta, sin perjuicio de compartirla o no, la investigación consideró al agravio como contestado.

Ahora bien, aun cuando estas respuestas fueron analizadas con referencia a cada caso en particular, además de advertir muchos casos donde los agravios quedaron sin respuesta específica, como cuando se respondían con argumentos genéricos o directamente no se respondieron, también pudimos notar que el análisis contextual de la información podría ofrecernos una visión más clara para obtener respuestas sobre las preguntas de nuestra investigación. Estamos hablando de que el cruzamiento de la información, comparando agravios y respuestas de unos casos con otros, nos permitió observar con bastante claridad que en algunos casos un mismo agravio, deducido en casos distintos, recibía una respuesta en uno y otra muy distinta en casos donde se planteaba similar agravio. Esta situación exigió que, a pesar de considerar como contestado el agravio, hayamos concentrado nuestra atención también en estos cotejos entre las respuestas de diversos casos.

VIII. 5. Análisis comparativo

Ahora expondremos algunos de los resultados y las conclusiones que pudimos extraer del análisis cualitativo de la investigación, siempre considerando los agravios antes mencionados y las respuestas que cada uno de ellos obtuvo.

VIII .5. 1. La valoración de los testimonios y la intermediación

Como indicamos al explicar la manera en que clasificamos la información obtenida de la muestra, uno de los agravios más empleados como justificación para cuestionar la sentencia se relaciona, en términos generales, con la manera en que se valoró la prueba del caso, especialmente los testimonios. Aquí incluimos, según se anticipó, aquellos que reprochan a la sentencia del juicio una sobrevaloración de los testimonios de cargo, la falta de valoración de los testimonios de descargo, aquellos en que se adujo que no se analizaron las contradicciones que presentaba un testimonio o las contradicciones de uno de los testimonios comparado con otro en el mismo proceso judicial, o los casos en que se cuestionó la valoración de los testimonios indirectos.

La línea general con que este tipo de agravios son contestados enfatiza el problema que representa, para el tribunal de casación, la imposibilidad de percibir las impresiones personales que los testigos dejaron durante su declaración a los jueces del juicio. Este es el límite que impone la falta de intermediación a su respecto, sostuvo el tribunal de casación (7/15, 38/15, 21/17, 149/18, 170/18, etc.), afirmando, por ejemplo, que el tribunal casatorio no puede, empleando la teoría del máximo rendimiento (que, como vimos, propone controlar todo lo que pueda controlarse), desnaturalizar el grado de convicción que cada testigo provocó en los jueces del juicio “cuando otorgó valor de cargo a las mismas y da acabada cuenta de ello para fundar su convicción y ánimo para ser tenida en consideración”. Ello, se añade, “obedece a una cuestión subjetiva propia, reservada para el tribunal de juicio que recibió las declaraciones testimoniales y fruto de la intermediación, pudo apreciar de *motu proprio*, es decir *in visu*, el lenguaje verbal y corporal de los deponentes para crear una percepción propia del testigo, que excede el marco casatorio, solo analizable en casación a través de las actas en la que se encuentran volcados los testimonios” (108/17).

En todos los casos este razonamiento viene acompañado de la cita del precedente “Casal” cuando recuerda que los tribunales de casación deben agotar la revisión de todo lo revisable y que lo único en que no pueden inmiscuirse los jueces de revisión es aquello que surja directamente de la intermediación donde, como vimos, lo que resulta no controlable es la impresión personal que los testigos provocan en el tribunal (7/15, 170/18, entre muchas).

Con estos argumentos encontramos numerosos casos donde los agravios, que cuestionaban algún aspecto de cómo fueron valorados los testimonios de cargo en la sentencia condenatoria, recibieron como respuesta la negativa del tribunal de casación de revisar la forma en que fueron evaluadas esas declaraciones. El eje de estos argumentos se concentra en afirmar que la posibilidad de valorar

testimonios es una potestad exclusiva del tribunal de juicio. El tribunal revisor carece de esa potestad porque, a su respecto, no existió inmediación, es decir, no tuvieron posibilidad de presenciar el testimonio, de manera que no resulta posible controlar lo que ellos deponen y verificar las impresiones personales que cada persona provoca en los juzgadores (52/15, 101/15, 110/15, 177/15, 12/17, 13/17).

El razonamiento es bastante claro y sugiere que sin la presencia personal de los jueces de revisión no es posible captar el contexto de la declaración, lo que limita la capacidad de revisión y, por tanto, de valorar la credibilidad del testigo. Debemos resaltar, sin embargo, que en muchos casos los agravios presentados en los recursos de casación, que se contestaron de este modo, no se referían ni cuestionaban la valoración de la impresión personal que los testigos pudieron causar al tribunal de juicio sino, por ejemplo, la consistencia lógica del testimonio (120/15), sus contradicciones con otras versiones del mismo testigo o de otros testigos (93/15, 115/15), o incluso, con el resto de la evidencia del caso como la prueba pericial (9/15). A pesar de esto, el tribunal casatorio explícitamente negó la posibilidad de revisar esas posibles contradicciones argumentando su incapacidad de hacerlo por falta de falta de inmediación (213/16). En ciertos casos, incluso, el fallo de casación rechazó el agravio que cuestionaba la valoración de testimonios, aunque se trataba de testimonios prestados en etapas anteriores al juicio, es decir, incorporados por lectura al juicio. A pesar de ello, el rechazo se basó, igualmente, en la imposibilidad de revisar la valoración de los testigos que dio el tribunal de sentencia por falta de inmediación, aun cuando estos jueces valoraron los testimonios y su credibilidad sin que se hayan prestado frente a ellos en el juicio oral (177/15, 23/18, 95/18).

A pesar de la contundencia de esta posición, que parecería sugerir una línea muy clara sobre los límites del control casatorio, encontramos una variada cantidad de casos donde ocurrió exactamente lo contrario. Se trata de recursos donde, para confirmar la condena o revocar la absolución y ejercer casación positiva, imponiendo condena directamente en la instancia revisora, el tribunal de casación echó mano a la valoración de los testimonios rendidos durante el juicio y también a los de etapas anteriores, considerando el contenido de los testimonios y las características de las declaraciones que podían influir en más o en menos a la hora de considerar el grado de credibilidad de cada testigo.

Se trató de aquellos casos donde el agravio recursivo cuestionó, por ejemplo, la credibilidad del testimonio o su sobrevaloración y también aquellos donde se afirmó que no se acreditó algún tramo del hecho acusado. En estos casos, el tribunal de casación consideró que los testimonios permitían validar las conclusiones a las que arribó la sentencia de condena. En otros sostuvo también que la certeza sobre el hecho se logró por lo que el o los testigos analizados por el fallo describieron (95/15, 106/15, 120/15, 12/16, 13/16, 32/16, 47/16, 75/16, 130/16, 179/16, 186/16, 214/16, 17/18). En este tipo de casos se emplearon argumentos tales como que los testimonios de cargo que justifican la condena se mostraron veraces, seguros y coherentes, sin motivos para restarles credibilidad (12/16). En otros casos se asignó significativo valor a los testimonios al sostener que fueron válidos por su claridad y sencillez (187/16) o claros, espontáneos, coherentes y sinceros (192/16, 169/18, 170/18). Incluso en un caso negó los cuestionamientos expuestos por la defensa en el agravio respectivo, asegurando que las declaraciones testimoniales cuestionadas en el recurso denotaban que no fueron realizadas con rencor, animosidad u odio (46/18). Si consideramos estas valoraciones que explícitamente sostienen que el

tribunal de casación percibió a los testigos como sinceros o que no se advierta que hayan sido pres-
tadas con rencor o animosidad, se despeja toda duda sobre la preocupación que en estos fallos tuvo
la revisión a la hora de examinarlos y darles un valor relevante para justificar la condena.

VIII. 5. 2. Valor de los testimonios en juicio o previos al juicio

Un segundo grupo de casos, que en términos cuantitativos sigue en prioridad al que mencionamos
recién, se refiere a las situaciones donde los agravios se orientaron a cuestionar que los tribunales de
juicio, frente a un testigo que ofreció versiones diferentes en distintos momentos del proceso, opta-
ron por la más perjudicial para la persona acusada, o los casos donde se priorizó la versión de la vícti-
ma por sobre otras pruebas que el agravio afirmaba fueron tanto o más relevantes. Incluimos aquí los
casos en que la impugnación reclamaba que se priorice la versión del juicio por sobre las anteriores o
los casos donde el recurso reclamaba que se no se advirtió que el testigo presentó diversas versiones
y se dio valor a una anterior a la rendida en el juicio. Observamos, por ejemplo, algunas causas donde
el recurso afirmaba que quedó demostrada la animosidad del testigo sobre la persona acusada, don-
de varió su versión en el juicio para perjudicar a aquel, a pesar de que antes, en las etapas anteriores,
dio una versión menos incriminante o, de modo más general, fueron contradictorias entre sí (110/15,
26/16, 106/16, 210/16). Otro casos donde el agravio cuestionó la excesiva valoración del testimonio de
cargo por sobre otras evidencias (38/15, 96/15, 178/15, 22/17) o, también, cuando no se valoraron o no se
valoraron apropiadamente los testimonios que favorecían a la persona acusada (21/16).

Agrupamos estos casos, a pesar de que podrían considerarse como agravios de diferente naturale-
za o alcance, porque en todos ellos la respuesta incluía la referencia al valor de los testimonios en la
audiencia del juicio oral. El tribunal de casación señaló que este tipo de testimonios fueron correcta-
mente valorados porque, precisamente, provienen de declaraciones prestadas en el juicio oral. Argu-
mentó en todos estos casos que el debate es la “etapa central y por excelencia” dentro del proceso,
donde todos los sujetos procesales, especialmente las partes, tienen la oportunidad de producir la
prueba e intervenir en forma oral y pública, con plena posibilidad de contradicción, garantizando de
ese modo un mayor control de las partes sobre ella. De ahí se deriva “el mayor valor que ha otorgado
el tribunal de juicio al testimonio prestado por la víctima en el juicio oral”. Es decir que los filtros que
permite un testimonio producido con plena intervención de las partes para su control, lo que ocurre
en la audiencia del juicio oral, fortalecen el valor de los testimonios que soportaron estos controles,
razón que justifica que tengan prioridad por sobre los testimonios producidos en etapas previas al
juicio. Con esto se decidió, en todos los casos analizados, rechazar el agravio presentado en el recurso.

Por el otro lado, también notamos casos donde el razonamiento que justificaba el rechazo del agra-
vio se desentendía del valor de los testimonios rendidos en juicio y de su mayor capacidad de convic-
ción por los filtros mencionados. En este grupo de casos los agravios cuestionaron el hecho de que la
víctima dio una versión incriminatoria en su testimonio previo al juicio y otra desincriminatoria en el
juicio, pero la condena optó por darle mayor valor al testimonio anterior al juicio (177/15, 94/15, 136/16,

225/16, 100/18, 115/18). La respuesta obtenida a los agravios de este tipo no se refirió al valor que los testimonios en juicio tenían porque aseguraban una verdadera contradicción y control de las partes. En algunos casos se acudió a los argumentos que también se emplearon para negar la revisión de la prueba testimonial, es decir, por la imposibilidad que genera no participar de las audiencias donde los testigos declaran (177/15). En otros casos los argumentos fueron más específicos, aunque en todos los casos sin referirse el singular valor de los testimonios en juicio. En algunos de estos casos se justificó el mayor valor otorgado a los testimonios previos al juicio porque otras pruebas fueron consideradas más relevantes o explicaban el porqué del cambio de versión del testigo analizado (94/16, 255/16). En otros casos, con un contraste mucho más claro con la posición asumida en los fallos mencionados en el grupo anterior, el tribunal de casación también sostuvo que las declaraciones testimoniales de los primeros momentos son más espontáneas y que el desmedro en las del debate se produce porque el testigo olvida los sucesos. Entonces, se añadió, resulta incuestionable que el tribunal le dé mayor valor a esas testimoniales si no se demuestra por qué deben prevalecer las versiones ofrecidas en el debate (139/16). En otro caso la justificación se basó en la circunstancia de que la víctima y el acusado se reconciliaron, lo que, a juicio del tribunal de casación, explicaba el cambio de versión y era la razón que legitimaba darle mayor valor a la primera versión, previa al juicio (100/18, 115).

Parece difícil explicar el contraste de razones invocadas en estos grupos de casos acudiendo simplemente al hecho de que se trata de casos distintos y cada uno debe resolverse de acuerdo a sus propias constancias. Hablamos de los fundamentos que se invocan como reglas de valoración probatoria, lo que parece más razonable considerar como aplicables a todas las situaciones similares, independientemente de si eso permite valorar el testimonio con mayor crédito o quitarle ese valor conviccional. La única coincidencia que observamos en los argumentos de contraste se refiere a que, en todos los casos, la decisión rechazó el agravio y contribuyó a confirmar el fallo.

VIII. 5. 3. La justificación de la pena y sus controles

Los agravios relacionados con la pena impuesta fueron clasificados en diversas categorías y abarcan las situaciones donde la objeción del recurso se concentraba en cuestionar algún aspecto vinculado con la desproporcionalidad de la pena en consideración a la gravedad del hecho, la falta de análisis de los elementos del caso que podían atenuar la pena, aquellos donde se afirmaba que el fallo no justificó la pena en base a las constancias de la causa o no lo hizo adecuadamente, porque no se analizaron atenuantes o las condiciones personales de la persona acusada. También incluimos los casos donde se afirmaba que en el fallo condenatorio se ofreció una justificación genérica.

En este grupo de casos las respuestas ofrecidas en los fallos correspondientes señalaron, por ejemplo, que las condiciones personales de la persona condenada que fueron valoradas para mensurar la pena surgían de las constancias de la causa, aunque sin indicar cuáles eran esas constancias y si ellas fueron valoradas por la sentencia condenatoria (96/15). En otros casos se sostuvo que la individualización de la pena es tarea discrecional del juez y se invocaron precedentes judiciales relacionados con

los estándares mínimos que debe cumplir la fundamentación de la pena (96/16, 7/18) aunque, otra vez, sin explicar si en el caso concreto se cumplieron con estos estándares. En otros casos se contestó el agravio sobre la desproporcionalidad de la pena de manera genérica, señalando que la mensuración efectuada, en cuanto al monto de la pena impuesto, no resulta excesiva ni irracional, ni tampoco importa un rigor innecesario (19/16, 22/16).

VIII. 5. 4. El incumplimiento de garantías procesales y su revisión en casación

En muchos casos el tribunal negó la posibilidad de revisar cuestiones relacionadas con la afectación de garantías procesales que, se aseveraba en los agravios, incidía sobre la suerte del caso. En estos casos los rechazos alegaban que los planteos de nulidad sobre actos de la etapa preparatoria (la etapa de investigación policial y la de instrucción) son extemporáneos si se presentan recién junto al recurso de casación. Pero en otro grupo de casos, los planteos vinculados con este tipo de situaciones donde el planteo se introdujo previamente al recurso, el tribunal de casación igualmente los rechazó pero con un argumento diferente. Sostuvo que ya tuvieron una respuesta en las instancias anteriores, de modo que no cabía revisarlos en casación porque ya tuvieron respuesta en las etapas previas, razón por la cual también resultan extemporáneos.

Agravios relacionados con el primer grupo incluyeron cuestionamientos a diversas garantías. En algunos casos se reprochó el valor de la confesión realizada por la persona imputada en la etapa de investigación policial, sin presencia del juez de la causa (86/15). En otro, la inspección en el domicilio del imputado sin su consentimiento y sin contar con una orden judicial (176/15), las irregularidades en la producción del reconocimiento de personas (26/16, 88/16, 103/16, 211/16), irregularidades en el momento de la aprehensión del sospechoso (95/16), porque se valoraron testimonios que no fueron controlados por la defensa ni se informó de la realización de estas pruebas (158/16), irregularidades en la recepción de testimonios en la etapa instructoria (10/17), cuando la imputación no precisó la acción atribuida (108/16) o la falta de asistencia letrada en la declaración de imputado (174/16).

Dentro del segundo grupo encontramos casos donde el recurso de casación cuestionó que para llevar adelante la prueba testimonial en cámara Gesell no se tuvieron en cuenta los puntos a interrogar propuestos por la defensa (101/15), la falta de traducción de la prueba documental al idioma nacional (102/16), la imposibilidad de controlar las pericias psicológicas (210/16), no se produjeron notificaciones relevantes para la defensa y tampoco se cumplieron los recaudos formales de la acusación (31/18).

Observar y cruzar la información que obtuvimos en estos casos nos facilitó la identificación de los argumentos que distinguimos y justificó clasificarlos en uno u otro grupo. Esto, por su parte, permite apreciar con más claridad el contraste que también aquí parece bastante evidente. La idea encierra un problema que solo se puede apreciar empleando el método comparativo. De otro modo sería dificultoso, sino imposible, observar el fenómeno recién descrito, que nos permite concluir qué agravios vinculados con el cuestionamiento a actos que no cumplen con ciertas garantías procesales reciben respuestas sumamente rigurosas que, en los hechos, lleva a negar la revisión de este tipo de

planteos. Si recién se cuestiona la irregularidad al momento de recurrirse en casación, el planteo es declarado improcedente por extemporáneo, debido a que no fue articulado en los momentos procesales oportunos. Si, en cambio, son planteados en casación a pesar de que ya fueron planteados con anterioridad a presentar el recurso de casación, también son considerados improcedentes porque tuvieron una respuesta en los momentos procesales oportunos.

IX. Conclusiones

El trabajo que realizamos y las conclusiones a las que arribamos seguramente contendrán algunos errores metodológicos y también analíticos. En parte explicables por la inexperiencia para aplicar métodos empíricos en la investigación jurídica.

La recopilación de datos seguramente se realizó con deficiencias, imperceptibles para los investigadores. También las variables que empleamos podrían perfeccionarse y permitir identificar los fenómenos involucrados con mayor rigor, todo lo que facilitaría aún más la observación de los problemas que presenta el objetivo investigado y las conclusiones apreciables. Esto, sin embargo, no reduce significativamente el valor del trabajo realizado. Se trata de un camino que no podemos abandonar sino, en todos los casos, corregir y de ese modo avanzar en investigaciones que permitan métodos más rigurosos con resultados más concluyentes. Pero a pesar de estos problemas y la importancia de advertirlos de antemano, los resultados obtenidos pueden resultar información de buena calidad para un análisis más completo y respaldado del fenómeno que abordamos.

Si comenzamos a repasar la información desde los datos cuantitativos logrados, observamos un preocupante número de sentencias rechazadas. Solo en cinco casos, de la totalidad de los recursos deducidos durante el período investigado, fueron aceptados algunos de los planteos vinculados con la revisión solicitada sobre los hechos y la prueba de los hechos.

Dentro de estos seis casos, en un uno de ellos (93/15) la casación fue aceptada solo parcialmente y el tribunal revisor dispuso la condena por el delito tentado, que fue uno de los seis agravios planteados para la revisión. Pero además, para disponer la condena por el delito tentado, el análisis realizado por el tribunal de casación valoró los testimonios del juicio y lo hizo sin aplicar su doctrina, que ya vimos, referida a que no es posible valorar los testimonios en la revisión casatoria por falta de intermediación. No solo no la aplicó sino que fue un poco más allá, como ocurrió en otros casos que también ya describimos, y sostuvo que fueron estas pruebas testimoniales las que llevaron al tribunal de casación al convencimiento sobre la existencia del hecho y la responsabilidad de la persona acusada. Esto mismo ocurrió en otro de esos cinco casos (144/15) y la absolución ordenada por el tribunal de casación se basó en las inconsistencias entre la prueba documental y los testimonios, a los cuales les dio un valor distinto al que tuvieron en la sentencia de condena. Es evidente que se revisaron los testimonios con profundidad y se redefinió su valor para decidir cómo ocurrieron los hechos, lo que parece suficiente evidencia de que en muchos casos las limitaciones alegadas no necesariamente eran la única mane-

ra de resolver el caso. Pero, como advertimos, fuera de estos cinco, el resto de los recursos de casación presentados por la persona condenada fueron rechazados.

Por el otro lado, no tuvieron esa misma suerte los recursos de casación propuestos por la fiscalía, la querrela o la asesoría de menores cuando solicitaron la revisión de una sentencia absolutoria. En estos casos el rango de aceptación de sus agravios y, en consecuencia, de revocación de los fallos absolutorios imponiendo una condena a la persona acusada, fue significativamente mucho más numeroso.

En términos de perspectiva podemos conjeturar, como predicción basada en las estadísticas de la información obtenida, que la persona imputada y su defensa tienen tan solo un 1,16 por ciento de probabilidades de que se haga lugar a su recurso, aunque más no sea de manera parcial. No parece necesario concluir que se trata de un número bastante desalentador y nos sugiere que, al menos en términos cuantitativos, el recurso de casación no cumple con la finalidad de revisar y, a la vez, corregir errores en los fallos condenatorios. Otra manera de ver estos números nos permite concluir que el grado de corrección de las sentencias condenatorias en la provincia supera el 98,84 por ciento, lo que también parece ser una manera de ver el caso que exige revisar con mayor rigor el tratamiento de la garantía en la provincia.

En términos cualitativos, por su parte, vimos que muchas de las justificaciones empleadas por el tribunal de casación para decidir ciertos casos y rechazar los recursos planteados resultaron inconsistentes con las que el mismo tribunal ofreció para otros casos similares. Como advertimos, parece ser que la única similitud apreciable se observa en el resultado: independientemente de la justificación empleada, los agravios son rechazados y, de ese modo, también lo son los recursos de casación, confirmando las condenas en todos los casos analizados a excepción de ese reducido número de fallos recién mencionados. Incluso cabría conjeturarse que las justificaciones parecen adecuarse a ese fin y, de ese modo, se aprecia mejor la coincidencia observable entre las distintas formas de fundamentar el análisis de cada uno de los casos.

Las causas donde se trató el problema de cómo fueron valorados los testimonios en las sentencias condenatorias nos llevó a detectar dos tipos de respuestas que en muchos casos presentan argumentos opuestos entre sí. Según pudimos observar, la regla general podría considerarse aquella que niega la posibilidad de revisar el valor de los testimonios debido a que el tribunal de casación no pudo presenciar el juicio y, por esa razón, se ve impedido de evaluar las condiciones en que prestó declaración el testigo. Este es el límite que imponen los juicios orales y que el precedente "Casal" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló expresamente como el punto a partir del cual la revisión se hace, en principio, imposible y veda a los jueces de casación el control de las impresiones personales que los testigos dejaron en los jueces. Aunque, a su vez, este mismo precedente estableció una excepción a ese límite: la impresión personal debe expresarse en el fallo si quiere ser empleada como elemento fundante válido.

Sin embargo, como también lo anotamos, en los fallos a los que nos estamos refiriendo, los agravios no cuestionaban ese punto específico de la sentencia condenatoria. Se trataba de situaciones donde el argumento en que se centraba el reproche a la condena no estaba relacionado con la valoración de las impresiones personales que los testigos pudieron dejar en los jueces de juicio, sino en aspectos

que, según los estándares de valoración, podían y debían ser revisados y controlados: la consistencia lógica del testimonio, sus contradicciones con otras versiones del mismo testigo o de otros testigos o con el resto de la evidencia del caso. También vimos que se invocó la falta de inmediación del tribunal revisor para no analizar el valor que el tribunal de juicio otorgó a testimonios que tampoco se prestaron durante el juicio sino en etapas anteriores, de modo que tanto estos últimos como los jueces de casación solo podían valorar lo que las actas de sus declaraciones contenían. Ni unos ni otros podían valorar las impresiones personales porque no participaron del acto donde estos testigos declararon. No hubo inmediación, diríamos en términos procesales, a pesar de lo cual fue esa la razón invocada para no controlar su valor.

También pudimos observar que en otro grupo de casos muy numerosos el tribunal de revisión dejó de lado la doctrina recién mencionada y en ellos sí analizó los testimonios rendidos en el juicio o en etapas previas al juicio. Pero, junto a esto, les dio un significativo valor como prueba para justificar la condena. Incluso le dio un valor distinto al que tuvieron para el tribunal de juicio en los casos en que ejerció jurisdicción positiva y modificó la sentencia. Esto último ocurrió en algunos de los casos en que se hizo lugar parcialmente al recurso de casación como en aquellos donde los recursos fueron presentados por las partes acusadoras contra la sentencia absolutoria.

En este escenario, la afirmación de que no es posible controlar los testimonios porque no hubo inmediación parece una doctrina aplicada discrecionalmente, con una reveladora eficacia para rechazar en todos los casos los agravios deducidos contra las sentencias condenatorias. A la vez, cuando esta doctrina puede dejar de emplearse para obtener el mismo resultado, el tribunal de casación lo hizo sin inconvenientes y dejó de invocarla para legitimar el valor de cargo que asignó a los testimonios.

Sumemos a todo esto el hecho de que el precedente “Casal” fue invariablemente empleado para limitar la capacidad de revisión, cuando la función que este precedente cumplió en la doctrina judicial implicaba reconocer una visión más amplia del recurso de casación y de la revisión del fallo condenatorio. En todos los casos observados, este precedente se invocó para negar la posibilidad de revisar el valor de los testimonios, no para ampliar esa potestad.

El mismo fenómeno, en términos de contraste de argumentos para situaciones similares, pudimos encontrar cuando se cuestionó el valor de los testimonios en el juicio o los previos al juicio, donde el Superior Tribunal de Justicia aplicó en algunos casos su doctrina de que debe darse más valor a los testimonios rendidos en el juicio, porque el juicio oral asegura la contradicción, mientras que en otros explícitamente sostuvo lo contrario, admitiendo que los jueces de juicio asignen mayor valor a los testimonios rendidos en los primeros momentos del caso puesto que para el momento del juicio ya se había reducido la memoria de los testigos. También debemos advertir que en todos los casos analizados el resultado fue el mismo, de modo que podemos considerar también que el argumento se adecuó al resultado y no a la inversa.

Y esta misma situación se repitió en otros casos, donde los agravios no obtuvieron más que una respuesta dogmática, los vinculados con los reproches a la pena impuesta o, de igual forma, aquellos donde se cuestionó el incumplimiento de garantías procesales. En todos los casos los argumentos de los fallos de casación permitieron rechazar los agravios, aun cuando no fuesen consistentes dentro del grupo de casos en que se trató el mismo agravio o uno similar.

Esta evidencia permite respaldar la sensación de que es el rechazo del recurso la razón que lleva a variar a menudo las justificaciones invocadas, al punto de presentar argumentos opuestos en no pocos casos pero siempre con el mismo resultado.

Si a esto sumamos la escasa probabilidad que estadísticamente tienen los recursos de casación de obtener un resultado favorable, debemos concluir que el tratamiento de la garantía es altamente riguroso en la provincia. Ciertamente todos los casos analizados habilitaron la revisión, en el sentido de que la instancia casatoria se avocó a ella, lo que significa que en términos de admisibilidad formal el recurso no tuvo demasiados filtros que impidieron al tribunal analizar las cuestiones de fondo debatidas. Sin embargo, no parece que la admisibilidad formal y la posibilidad de abrir la instancia sean suficientes para cumplir con los estándares que exige la garantía convencional. De poco sirve la admisión formal del recurso cuando conocemos de antemano la escasa probabilidad de que tenga algún tipo de éxito. Debe ser, según vimos, un tribunal legitimado para conocer el caso pero, también, con características jurisdiccionales que le permitan corregir errores en las sentencias de condena, puesto que solo así el mecanismo de revisión podrá lograr resultados para el fin para el que fue concebido. Si el recurso no permite lograr resultados casi en ningún caso, podemos concluir que no es un mecanismo idóneo o eficiente para cumplir con su finalidad.

X. Perspectivas

Nuestra investigación se desarrolló desde mediados del año 2019 hasta principios del año 2021 y, a medida que avanzamos en el estudio de la muestra escogida, fuimos observando también, a la par, el tratamiento que recibieron los recursos de casación presentados en estos últimos dos años, donde apreciamos con suficiente claridad que la situación no varió en relación a los años que formaron parte de la muestra. En términos cuantitativos no se observaron más que dos o tres casos de acogida favorable entre un número superior a los seiscientos recursos presentados en ese período y los argumentos empleados para su rechazo fueron de similar entidad a los que destacamos en nuestra observación. Estos recursos son rechazados en su inmensa mayoría y, en líneas generales, con las mismas razones que describimos anteriormente.

Esto nos permite sostener que la situación no varió hasta el momento y, además, que no hay elementos que permitan considerar que en el futuro inmediato el funcionamiento del recurso de casación puedan variar de manera significativa. Sería demasiado aventurado predecir un cambio a futuro, al menos el inmediato, en el tratamiento de los recursos, el alcance de la garantía y las probabilidades de obtener correcciones en los fallos condenatorios.

XI. Bibliografía consultada

- Ábalos, R. (2008). *Derecho procesal penal*. Tomo III. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Almeyra, M. A. (director) (2007). *Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y anotado*. Tomo III. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Bacigalupo, E. (2005). *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Binder, A. (2009). *Introducción al derecho procesal penal*. 2da. edición, 5ta. reimpresión. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc.
- Cafferata Nores, J. I. (2000). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. 3ra. edición. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Clariá Olmedo, J. (2011). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo VIII (actualizado por Roxana Gabriela Piña y Vanesa Alfaro). Sante Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Herbel, G. (2013). *Motivación del fallo y derecho al recurso a través de las garantías constitucionales*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Ledesma, Á. (2020). "El recurso como garantía mínima de juzgamiento. Estándares mínimos". En Cafure, M., Jaime, M. y Ayán, C. (coord.). *Impugnaciones en el proceso penal*. Córdoba: Advocatus Ediciones.
- Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal*. Tomo 1. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Molina Sandoval, C. (2016). *Recurso de Casación*. Córdoba: Advocatus Ediciones.
- Montero Aroca, J. (2016). *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Pastor, D. (2019). "La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la casación penal". Disponible en línea en *elDial.com* DC94. Última consulta el 11/07/2019.
- Pérez Barberá, G. (2009). "Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo 'Casal' y del método alemán invocado por la Corte". En Ayán, M. (dir.). *Impugnaciones en el proceso penal*. Córdoba: Editorial Alveroni.
- Rodas Peluc, J. P. (2016). "El derecho al recurso (CADH, art. 8.2.h) en la jurisprudencia de la Corte IDH". En Arocena, D. (dir.). *Impugnaciones penales*. Córdoba: Editorial Lerner.

- Rueda, L. (2015). *Razonamiento judicial en materia penal*. Córdoba: Advocatus Ediciones.
- Sancinetti, M. y Ferrante, M. (1995). *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Vázquez Rossi, J. (2011). *Derecho Procesal penal*. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Fuentes consultadas

- Portal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. <https://www.csjn.gov.ar>
- Portal del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes. <http://www.juscorrientes.gov.ar>

Metodología de un genocidio: una lectura de la película Argentina 1985

Diego Fernando Ayala, Camila Berenstein, Emilio Lipani, Pablo Montanía y Pilar Jodar Simoni¹

Introducción

El objetivo principal es comprender la metodología de investigación (problema, hipótesis y método) llevada a cabo por la fiscalía en el juicio a las Juntas militares de la Argentina en el año 1985. Este artículo está inspirado en el análisis de la película *Argentina, 1985* que relata la historia de los fiscales Julio Strassera y Luis Moreno Ocampo y su joven equipo jurídico, quienes han tenido la responsabilidad institucional de llevar a juicio oral y público a nueve de los militares pertenecientes a las tres primeras Juntas de la dictadura cívico-militar-económica. Hasta ese momento no existían antecedentes judiciales de juzgamiento a personal militar por jueces civiles. Esto no será una tarea sencilla, ya que deberán trabajar a contrarreloj, bajo un ambiente de amenazas y presiones políticas.

Para examinar lo acontecido en Argentina durante el periodo de 1983 hasta 1990, recurriremos a contextualizar esos años, exponiendo lo que sucedía políticamente, además de lo socioeconómico en Argentina. A continuación, nos preguntaremos: ¿cuál fue el principal problema que encontraron los fiscales? Y también: ¿a qué hipótesis arribaron para poder llevar a juicio a la Junta militar?

Contexto sociohistórico

A fin de comprender los complejos entramados que determinan la problemática que se presenta para realizar el juicio a las primeras Juntas, se realiza un recorrido por el contexto sociohistórico que abarca la línea cronológica de 1983 a 1990. Entendiendo estos periodos desde el retorno de la democracia, el juicio y castigo a los genocidas, para concluir con las leyes de impunidad.

El 10 de diciembre de 1983 es la fecha en que un régimen político democrático, de la mano de Raúl Alfonsín, retorna a la República Argentina tras una dictadura militar que tomó de manera ilegítima el gobierno desde el 24 de marzo de 1976. Una de las primeras medidas del presidente es la creación de

¹ Estudiantes de la Práctica Profesional Supervisada en Investigación de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES).

la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), dirigida por el escritor Ernesto Sábato y otras personalidades que van desde la política a la cultura. Este ente es el encargado de producir el informe titulado *Nunca más*. Esta comisión tiene como objeto la investigación y acumulación de pruebas referidas al terrorismo de Estado en el marco de la dictadura, así como el destino de los desaparecidos y el uso de campos de concentración. Aunque como remarcan Filadoro et al. (2013), “el miedo aún reinante en la sociedad argentina y la supervivencia parcial del aparato represivo de la dictadura, nunca embestido a fondo por el gobierno radical, hicieron que muchas personas se negaran a declarar ante la CONADEP”.

Los altos mandos militares aspiran ser juzgados por sus pares, cuestión que se ve truncada gracias a la presión ejercida tanto por organismos de derechos humanos como la Asociación de Madres de Plaza de Mayo, la sociedad, así como ciertos sectores del nuevo gobierno. Los jueces militares pretenden investigar a las víctimas para conocer si pertenecen al “bando enemigo” o no, demorando más tiempo del que se dispone. Por lo tanto, los casos de violación de derechos humanos llevados a cabo por las Fuerzas Armadas ahora serán una cuestión de los tribunales civiles. En este caso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires, integrada por los jueces Jorge Torlasco, Ricardo Gil Lavedra, León Arslanián, Jorge Araoz, Guillermo Ledesma y Andrés D’Alessio. Esto sucede gracias a una reforma introducida por el Congreso en 1984, la cual establece que el fallo de la Justicia militar podía ser apelado ante la Cámara Federal con competencia en el lugar donde los hechos se habían producido.

En el año 1985 se dan comienzo a las audiencias para juzgar a las tres primeras Juntas militares, de las que formaron parte Jorge Rafael Videla, Orlando Ramon Agosti, Emilio Eduardo Massera, Roberto Eduardo Viola, Omar Graffigna, Armando Lambruschini, Leopoldo Fortunato Galtieri, Basilio Lami Dozo y Jorge Anaya. La sentencia es dictada el 9 de diciembre de 1985 y se condena a cinco de los nueve militares acusados. La pena mayor es recibida por Videla y Massera, quienes fueron condenados a reclusión perpetua con destitución. Viola es condenado a 17 años de prisión, Lambruschini a 8 años de prisión y Agosti a 4 años y 6 meses de prisión; todos con destitución. Mientras que Graffigna, Galtieri, Lami Dozo y Anaya fueron absueltos.

Durante el juicio se probó el mecanismo del que se valió el gobierno militar para el aniquilamiento sistemático de lo que los genocidas denominaron “subversión” a lo largo y ancho de todo el territorio nacional. Gracias a los relatos de sobrevivientes, se expone el grado de crueldad ejercido por la dictadura que fue la responsable de la tortura, asesinato, violación y robo (tanto de bienes como de personas) hacia civiles, desde el año 1976 hasta 1983. Si bien este juicio marca un hecho histórico, debido a que la Justicia ordinaria es la encargada de enjuiciar y castigar a parte de los represores, también es tomado como un punto de partida dado que “las víctimas sobrevivientes, los familiares de los detenidos desaparecidos y asesinados, el movimiento de Derechos Humanos y amplios sectores de la sociedad promovían la continuidad de los juicios a los genocidas” (Duhalde, 2013).

Esto se daba en un marco de inestabilidad económica, producto del régimen de acumulación de orden neo liberal aplicado por Martínez de Hoz durante la dictadura. Dado este escenario, el presidente Alfonsín pone en marcha el denominado *Plan Austral*, un programa que intenta estabilizar

la economía. El mismo consiste en una serie de medidas, tales como, el control de los precios de los productos y tarifas de los servicios públicos, un congelamiento salarial y la prohibición de la emisión monetaria. Con esto, se pretende frenar la incesante inflación y saldar la deuda externa incrementada por el plan económico anterior, dado que durante dicho periodo se estatizan deudas privadas.

En diciembre de 1986 se produce un hecho que, en palabras de Filadoro et al. (2013), demuestra que “a pesar del descrédito, los militares aún eran un factor de poder”. Esto se trata de la Ley 23.492 (Ley de Punto Final), la cual fija el límite de 60 días para accionar penalmente contra integrantes de las Fuerzas Armadas que hubieran participado en el genocidio, caso contrario caducaría el derecho al reclamo de justicia. Esto fue repudiado por parte de organismos de derechos humanos, acompañado de masivas movilizaciones, dado que representaba un retroceso con respecto al juicio a las primeras Juntas y en materia de derechos humanos. Pese a contar con tal negativa, la ley es sancionada.

La sanción de la Ley de Punto Final, que puede entenderse en coordenadas de genuflexión hacia el poder militar, todavía latente, no es desaprovechada por éste. Durante la Semana Santa de 1987, un sector de militares denominados “carapintadas”, conducidos por el coronel Aldo Rico, se sublevan en Campo de Mayo. Pese al repudio popular por parte de la sociedad hacia su accionar, Alfonsín decide negociar con este grupo. Por lo que poco después de estos levantamientos, en junio de 1987, se sanciona la Ley de Obediencia Debida (Ley 23.521). Esta ley exime de responsabilidad penal a los oficiales de menor graduación, los suboficiales y los cuadros subalternos, a pesar de que habían sido responsables de perpetrar múltiples crímenes de lesa humanidad. Esto se fundamenta en el hecho de que estos “obedecen” las órdenes de sus superiores. Esta decisión le sustrae parte del consenso logrado en un inicio al gobierno de Alfonsín, pues “estas leyes acabaron con las expectativas que una parte de la sociedad había depositado en el gobierno radical. Amplios sectores se sintieron profundamente frustrados” (Filadoro et al., 2013).

Durante este mismo año se crea, mediante la Ley 23.511, el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG). El proyecto impulsado por Abuelas de Plaza de Mayo otorga validez legal a los análisis genéticos, con el fin de resolver conflictos filiatorios en relación con los niños desaparecidos durante la dictadura cívico-militar. A su vez, la ley establece que los tribunales deben realizar estudios genéticos a los niños de dudosa filiación. En caso de que se niegue estos estudios, la ley presume la complicidad en el secuestro del infante.

En enero del año 1988, se vuelve a producir una sublevación llevada a cabo por Aldo Rico, quien se fuga de su prisión preventiva. Esta se efectúa en Monte Caseros, Corrientes. Este hecho finaliza con el encarcelamiento de Rico y el procesamiento de 400 militares rebeldes. Durante el segundo semestre de 1988, el gobierno lanza un nuevo plan económico, llamado Plan Primavera, con el objetivo de contener la inflación arrastrada desde hacía tiempo. Este plan tiene como función “abrir” la economía a mercados internacionales, privatizar empresas estatales de forma parcia, negociar con los sindicatos, congelar el salario de los empleados estatales y subir las tarifas al 30 %. Sin embargo, se encuentra con una dura oposición, tanto del sector rural como industrial. Paralelamente, a fin de ese año, el coronel y líder carapintada Mohamed Alí Seineldín lleva a cabo un nuevo levantamiento en el batallón de Villa Martelli. Éste pretendía una absolución de todos los genocidas pertenecientes a

la fuerza militar que fueron juzgados y procesados, así como la inmediata renuncia del comandante en jefe del Ejército. Esta situación finaliza con el encarcelamiento de Seineldín.

Estos acontecimientos producen una crisis económica que cuenta con cortes de energía programados. La crisis energética se incrementa por los problemas que presenta la Central Hidroeléctrica de Embalse Río III, el incendio en la red de distribución energética de El Chocón y problemas técnicos en la Central Nuclear de Atucha. Las principales consecuencias de este Plan Primavera son el aumento de precios en el orden del 80 % y el incremento del dólar en 800 %, Los feriados bancarios son constantes y las remarcaciones de los precios se descontrolan, produciendo así desabastecimiento. Es así como en pocas semanas el *Plan Primavera* llega a su fin.

A comienzos de 1989, integrantes de la organización armada Movimiento Todos por la Patria (MTP), conformada por 40 hombres y 6 mujeres, irrumpen en el cuartel de La Tablada con la justificación de evitar un “supuesto golpe militar carapintada” (Filadoro et al., 2013). Este hecho deriva en un feroz enfrentamiento de 36 horas, el cual deja un saldo de 32 militantes del MTP y 11 integrantes de las fuerzas de seguridad muertos, además de cuatro militantes del MTP que fueron capturados con vida y, hasta la actualidad, se encuentran desaparecidos (Diputados Bonaerenses, 2022).

En febrero de 1989, con motivo del estallido político y social, el gobierno ordena la devaluación de la moneda, por lo que los precios se mantienen en suba, teniendo como resultante una hiperinflación. Con los reiterados feriados bancarios, como se mencionó anteriormente, la gente comienza a quitar sus ahorros del banco para comprar la divisa norteamericana. Frente a este panorama, se suceden las renuncias dentro del gobierno, sobre todo en el sector económico. El ministro de Economía Juan Vital Sourrouille deja su cargo y asume Juan Carlos Pugliese, quien poco tiempo después se aleja y es reemplazado por Jesús Rodríguez.

Luego de un feriado bancario, el miércoles 24 de mayo comienzan los primeros disturbios sociales en Córdoba y Rosario, por lo cual el 28 el presidente Alfonsín anuncia un plan económico de emergencia. Pero esto no es suficiente debido a que la gobernabilidad del país estaba afectada por saqueos y disturbios a lo largo y ancho del territorio. Luego de las elecciones presidenciales de 1989, Alfonsín se ve obligado a dejar su cargo con 6 meses de anticipación, por lo que el 8 de julio de 1989 asume la presidencia Carlos Saúl Menem hasta el 10 de diciembre de 1999. Si bien se pueden señalar numerosos hechos que se desprenden de esta presidencia a nivel económico y social, pretendemos enfocar solamente aquello que concierne al objetivo de este trabajo.

El entonces presidente Carlos Menem es el encargado de un hecho que implica un retroceso en materia de derechos humanos, dado que el 6 de octubre de 1989 y el 30 de diciembre de 1990 sanciona una serie de decretos por los cuales se indultan a civiles y militares que cometieron crímenes de lesa humanidad durante la última dictadura, autodenominada Proceso de Reorganización Nacional. Estos indultos se suman para integrar las tristemente conocidas leyes de Impunidad (junto con la leyes de Punto Final, de 1986, y de Obediencia Debida, de 1987). Los indultos de 1989 alcanzan a todos los jefes militares procesados que no se ven beneficiados por las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, participantes de las rebeliones militares carapintadas de Semana Santa, Monte Caseros y Villa Martelli. También alcanza a exmiembros de la Junta de Comandantes condenados por los delitos

cometidos en la conducción de la Guerra de Malvinas, así como a personas acusadas de subversión. Pero es el decreto de 1990 que tiene la particularidad de incluir en el indulto a los miembros de la Junta militar que fueron juzgados en 1985. Vale aclarar que, si bien las dos primeras leyes pasan por el Congreso Nacional, conforme a la Constitución Nacional, los indultos son una decisión unilateral del presidente. De esta manera, “la denominada vía de la justicia era formalmente clausurada” (Rogers, 2015), dando comienzo a un periodo de impunidad.

Problema

Para llevar a cabo el juicio a las Juntas, la fiscalía se encuentra con una serie de impedimentos. El primero de ellos radica en el tiempo del que se dispone (4 meses y medio) para realizar un juicio de esta envergadura. Por ello, para “hacer el juicio más importante de la Argentina [se dispone de] menos tiempo de lo que dura un juicio a un ladrón de gallinas” (Mitre, 2022).

El problema principal es demostrar que el genocidio se trata de un plan sistemático y que todos los altos mandos están al tanto de lo que sucede, basado en la jerarquía verticalista de la que se vale el aparato militar (una orden impartida por un superior y llevada a cabo por subordinados). Aunque esta responsabilidad recae en las Juntas, también es la más dificultosa a la hora de ser probada, por lo que la fiscalía se encuentra ante la problemática de demostrar que los integrantes de las Juntas estaban al tanto de lo que sucedía bajo su mando. La complejidad probatoria de esto radica en la clandestinidad del plan.

Además de estos obstáculos, los fiscales encuentran que los juzgados son renuentes a la hora de brindar información o bien demoran en la entrega de esto, y es justamente el tiempo uno de los factores que inciden en el desarrollo del juicio. En palabras del propio Moreno Ocampo: “No podíamos usar a la policía, no podíamos usar a la Inteligencia porque todos habían trabajado en la represión” (América TV, 2022).

Todos estos puntos mencionados sirven para pensar el complejo entramado que debe desbaratar la fiscalía y se condensa en la principal de las cuestiones: probar los hechos. ¿Cómo hacer eso?

Hipótesis

La hipótesis que debe probar el fiscal Julio César Strassera y su adjunto Luis Gabriel Moreno Ocampo, junto con su equipo, es que el secuestro, la tortura y la desaparición de personas en el marco de la última dictadura militar se trataba de un plan sistemático fundado en un orden jerárquico. En otras palabras, estos crímenes habían sido planificados por las cúpulas más altas del poder militar y llevados a cabo por orden de las mismas. Esta hipótesis derrumba el argumento de “casos aislados”, o bien

de ciertos “excesos” cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad en lo que se denominó una “lucha antisubversiva”.

Esta hipótesis toma como apoyatura que el despliegue del aparato represivo había tenido lugar a lo largo de todo el territorio argentino, teniendo la misma modalidad (secuestro, tortura, desaparición) y valiéndose de centros clandestinos de detención (CCD). Al momento del juicio se cuenta con, aproximadamente, 340 CCD² registrados, que según CONADEP (1984) “existieron en toda la extensión de nuestro territorio, constituyeron el presupuesto material indispensable de la política de desaparición de personas”.

La metodología perpetrada es coincidente en la gran mayoría de los casos. Primeramente, el secuestro, por lo general se efectúa en el domicilio de la víctima a altas horas de la noche, seguido por la privación ilegítima de la libertad en los centros clandestinos de detención, lugar donde se les asigna un número para continuar el sufrimiento de torturas y vejámenes consumados por miembros de las Fuerzas Armadas.

Se consideran todas estas cuestiones ligadas al terrorismo de Estado para dar cuenta del plan sistemático a nivel nacional por parte de la Junta militar de gobierno y así delinear los argumentos del fiscal Strassera para producir su hipótesis.

Método de investigación

Con la intención de probar la metodología que se llevó a cabo durante el golpe cívico-militar-económico, la cual consiste en secuestro-tortura-desaparición, mediante el empleo de centros clandestinos de detención como mecanismo para el exterminio de prisioneros, la fiscalía se centra en probar que se efectuó lo mismo en toda la República Argentina. De probarse esa cuestión, se podría demostrar la coordinación de todas las Fuerzas Armadas. Estos casos se registran en fichas ordenadas por fuerza, año, centro clandestino de detención y región.

Además de recurrir en busca de información a la Asociación Madres de Plaza de Mayo, un pilar fundamental en la investigación para probar los crímenes de lesa humanidad es la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). En una entrevista reciente, Moreno Ocampo manifestó que “la CONADEP fue la base de datos que tomamos” (América TV, 2022). Así, el equipo de la fiscalía se reúne con la mencionada comisión para la revisión de los casos con los que contaban. De estos, se toman aquellos con los que se contaban con mayores pruebas y se terminan eligiendo 709 casos que ocurrieron a lo largo de todo el país y que involucraban a cada fuerza. En esta estrategia probatoria,

² Al momento de esta redacción la cifra se encuentra en actualización y corrección permanente, de modo que los centros clandestinos de detención ascienden a 800. Esto es relevado por el Registro Unificado de Víctimas del Terrorismo de Estado (RUVTE), dependiente del Área de Investigación-Unidad Secretario de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, en cumplimiento con la Ley N° 26.691.

resultaba importante la exposición de testigos (tanto aquellos que han sufrido secuestros como testigos presenciales de estos secuestros). También se incluyó la presentación de documentos judiciales que demostraban la existencia de habeas corpus y/o denuncias realizadas durante la dictadura.

Conclusión

Tomando como apoyatura la película *Argentina, 1985*, así como el material bibliográfico, hemos podido concluir que el periodo de 1983 hasta 1990 es tan importante como paradójico. En éste, se marca un importante suceso en Argentina, que anuncia un antes y un después, generando tanto un impacto social como jurídico, de justicia, verdad y memoria. Por supuesto, nos referimos al hecho de que un tribunal judicial ordinario ha sido el encargado de condenar a los genocidas por los secuestros, torturas y asesinatos ocurridos en la dictadura cívico-militar-económica que gobernó la Argentina entre 1976 y 1983. Se resalta que la Argentina ha sido la única nación que ha juzgado a criminales de estas características a través de jueces y legislaciones del propio país. Así, queda de manifiesto la hipótesis del fiscal Julio César Strassera junto con su equipo: que el secuestro, la tortura y la desaparición de personas en el marco de la última dictadura militar ha sido un plan sistemático. Por lo tanto, esta hipótesis ha podido ser corroborada. A lo largo de todo el juicio y valiéndose de testimonios, se demostró que estos crímenes fueron planificados por las cúpulas más altas del poder militar.

Si bien con el transcurrir del tiempo este logro se vio ultrajado mediante la sanción de leyes de Impunidad que implican un retroceso en materia de derechos humanos, la búsqueda de la memoria, la verdad y la justicia perduró de manera colectiva en la conciencia del pueblo.

Finalizada la dictadura, a pesar de los retrocesos que significaron los indultos, el pueblo argentino supo defender la memoria con una frase que, como bien supo decir en su alegato Strassera (1985), "pertenece ya a todo el pueblo argentino": nunca más.

Bibliografía

- América TV (2022). *Alejandro Fantino, mano a mano con Luis Moreno Ocampo*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=zGGYk6YVtVY>.

- Boletín Oficial de la República Argentina.

- CONADEP (1984). *Nunca más. Informe de la Comisión Nacional para la Investigación de la Desaparición de Personas*. Buenos Aires: EUDEBA.

METODOLOGÍA DE UN GENOCIDIO: UNA LECTURA DE LA PELÍCULA *ARGENTINA 1985* (DIEGO FERNANDO AYALA, CAMILA BERENSTEIN, EMILIO LIPANI, PABLO MONTANÍA Y PILAR JODAR SIMONI) - APORTES AL DERECHO / REVISTA JURÍDICA DE UFLO UNIVERSIDAD / AÑO 2022 / VOL. 06 / N° 06 / ISSN 2618-4192.

- Diputados Bonaerenses (23 de enero de 2022). *A 33 años del copamiento de La Tablada: así fue el ataque que dejó más de 40 muertos*. Disponible en: <https://diputadosbsas.com.ar/a-33-anos-del-copamiento-de-la-tablada/>.

- Duhalde, E. L. (2013). *El Estado terrorista argentino*. Buenos Aires: Ediciones Colihue.

- Filadoro, A., Giuliani, A., de Luque, S., Marcaida, E., Mazzeo, M., Nicanoff, N., Pita, F., Rodríguez, A., Rodríguez, S., Scaltritti, M., Scirica, E. y Sirlin, E. (2013) *Historia argentina contemporánea: Pasados presentes de la política, la economía y el conflicto social*. Buenos Aires: Dialektik.

- Mitre, S. (2022). Entrevista sobre la película *Argentina 1985* (La Unión de los Ríos, Kenya Films, Infinity Hill).

- Rogers, T. (2015). "Justicia transicional en Argentina. El juicio por la verdad en Mar del Plata: Memoria, Justicia y Verdad". En *Cartapacio de Derecho*, N° 27, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata.

- Strassera, J. C. (1985). *Alegato final del fiscal Julio César Strassera en el juicio a las Juntas militares en 1985*. Archivo Histórico.

- Televisión Pública (2015). "Episodio 12: La recuperación de la democracia (1983-1990)". En *Ver La Historia*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=A5dyp6M2PVQ>.