

**LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LOS CRITERIOS HERMENÉUTICOS
EN LA TASACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD**

GABRIEL ÁNGEL BALLENA PATIÑO

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2016

**LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LOS CRITERIOS HERMENÉUTICOS
EN LA TASACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD**

GABRIEL ÁNGEL BALLENA PATIÑO

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magister
en Hermenéutica Jurídica y Derecho**

DIRECTOR

JAVIER ORLANDO AGUIRRE ROMÁN

PH.D en Filosofía

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2016

DEDICATORIA

Al Existir...

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	11
1. JUSTIFICACIÓN	14
2. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL COMO SISTEMA EN PERSPECTIVA DEL DAÑO A LA SALUD EN COLOMBIA	18
2.1 INTRODUCCIÓN	18
2.2 LA RESPONSABILIDAD	21
2.3 RESPONSABILIDAD CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA	22
2.4 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	23
2.4.1 El daño	24
2.4.1.1. Características del daño.	26
2.4.1.2 Tipología del daño en Colombia	27
2.4.2 El hecho	29
2.4.3 El nexo causal como supuesto que deviene en responsabilidad	29
2.5 UNA REFLEXIÓN DEL SISTEMA DE REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD	30
2.6 LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y EL INSTITUTO DEL DAÑO A LA SALUD	41
2.6.1 Regla decisonal del Daño a la Salud	47
3. TEORÍAS DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y EL DAÑO A LA SALUD EN COLOMBIA	49
3.1 INTRODUCCIÓN	49

3.2 LA DECISIÓN JUDICIAL	50
3.3. PARADIGMAS INTERPRETATIVOS	53
3.3.1. H.L.A. Hart	53
3.3.2. R. Dworkin	57
3.3.3. Robert Alexy	62
3.3.4. Neil Maccormick	66
3.3.5. Duncan Kennedy	77
3.3.6. Ricardo Guastini	84
3.4 EL DAÑO A LA SALUD Y LOS PARADIGMAS INTERPRETATIVOS	91
3.4.1 El daño a la salud y el paradigma de Hart	91
3.4.2 El daño a la salud y el paradigma de Dworkin	93
3.4.3 El daño a la salud y la propuesta de Alexy	94
3.4.4 El daño a la salud y el planteamiento de Neil Maccormick	95
3.4.5 El daño a la salud y el modelo de Kennedy	97
3.4.6 El daño a la salud y el paradigma de Guastini	98
4. CRITERIOS HERMENÉUTICOS Y LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD	101
4.1. PRIMER MOMENTO DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL.	108
4.2. SEGUNDO MOMENTO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO.	114
4.3 PRIMER CRITERIO INTERPRETATIVO	126
4.4 SEGUNDO CRITERIO INTERPRETATIVO	128
4.5 TERCER CRITERIO INTERPRETATIVO	130
4.6 CUARTO CRITERIO INTERPRETATIVO	130

4.7 QUINTO CRITERIO INTERPRETATIVO	132
5. CONCLUSIONES	136
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	140
BIBLIOGRAFÍA	144

RESUMEN

TITULO: LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LOS CRITERIOS HERMENÉUTICOS EN LA TASACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD*

AUTOR: GABRIEL ÁNGEL BALLENA PATIÑO**

PALABRAS CLAVES: Teoría, decisión Judicial, tasación, daño a la salud y criterios hermenéuticos

DESCRIPCIÓN

En la actualidad el único daño inmaterial diferente al moral y constitucional que un juez contencioso administrativo en Colombia puede reconocer, es el denominado *daño a la salud*, teniendo en cuenta criterios interpretativos bien definidos por el órgano de cierre.

Este tipo de perjuicios se refiere a la afectación de la integridad sicofísica del sujeto, y tiene en cuenta la unidad corporal del sujeto y las consecuencias, es decir tiene la capacidad de indemnizar todas las categorías de daños, basado en un criterio objetivo y uno subjetivo, afirma el Consejo de Estado. Sin embargo, al momento de indemnizar este perjuicio sólo debe aplicar las reglas indicadas por el órgano de cierre y el tope máximo no puede superar los 400. S.m.m.l.v., ni reconocer otro tipo de perjuicios.

En la liquidación del daño a la salud se recurre al arbitrio juris, pero teniendo en cuenta unas reglas determinadas, cuestión que se contradice, pues el juez debe ceñirse a lo indicado, y si eso así la pretendida libertad desaparece con la imposición.

Es por ello que desde la teoría de la decisión judicial pueden crearse otros criterios hermenéuticos que permitan fundamentar una decisión en la tasación del daño que pueda contener el reconocimiento de otros tipos de daños y otro tipo de indemnización teniendo en cuenta el sistema jurídico vigente y la aplicación del razonamiento jurídico.

Con todo, desde la hermenéutica y más allá de ésta, la argumentación, posibilita llegar a descubrir y crear argumentos con pretensión de restablecer el ordenamiento jurídico vigente y posible

* Proyecto de Grado.

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho. Maestría en Hermenéutica y Derecho. Director. PH.D Javier Orlando Aguirre Román

ABSTRACT

TITLE: THE THEORY OF JUDICIAL DECISION AND CRITERIA HERMENEUTICAL DAMAGE ASSESSMENT IN HEALTH*

AUTHOR: GABRIEL ÁNGEL BALLENA PATIÑO**

KEYWORDS: Theory, judicial decision, pricing, harm to health and interpretive criteria.

DESCRIPTION

At present the only pecuniary damages different moral and constitutional administrative law judge in Colombia can recognize, is called damage to health, taking into account well-defined criteria of interpretation by the closure member

This type of damage relates to the impairment of psychophysical integrity of the subject, and takes into account the physical unity of the subject and the consequences, ie has the ability to compensate all categories of damages, based on objective criteria and subjective one said the State Council. However when this injury compensation should only apply the rules given by the closure and the upper limit may not exceed 400. SMMLV or recognize other damages.

In the liquidation of damage to health it is used to juris arbirio, but considering certain rules, which contradicts question because the judge must follow prescribed, and if so the supposed freedom that goes with the imposition

That is why from the theory of judicial decision other hermeneutical criteria to base a decision on the assessment of the damage that may contain the recognition of other types of damages and other compensation given the current legal system can be created and application of legal reasoning.

However, from hermeneutics and beyond, argumentation, makes it possible to discover and create arguments with a view to restoring the current and possible legal order

* Project of grade

** Faculty of Human Sciences. Law School. Master in Hermeneutics and Law. Director. PH.D Javier Orlando Aguirre Román

INTRODUCCIÓN

En la investigación se analizará la regla establecida por el Consejo de Estado a implementar por el juez contencioso administrativo al tasar el daño a la salud, a fin de establecer desde la teoría de la decisión judicial, criterios hermenéuticos distintos a los propuestos por el órgano de cierre.

En la actualidad el juez contencioso debe aplicar su arbitrio juris¹ en la tasación del daño a la salud, teniendo presente la cuestión estática y dinámica del daño, enmarca en elemento económico del mismo.

Lo estático de la tasación del daño a la salud se constituye por la prueba médico legal que determina la gravedad de la lesión y la edad de la víctima. El segundo aspecto de valoración, es decir la cuestión dinámica del daño, se refiere a las especificidades de cada víctima, en estos dos aspectos se afianza la justificación de la decisión, estableciendo así el monto a indemnizar, que en todo caso no puede superar los 400 s.m.m.l.v.

Lo anterior es de gran interés e importancia en el proceso de investigación, pues en el fondo de la pretendida sistematización del daño inmaterial en Colombia diferente al daño moral y daño constitucional, hay que determinar si prevalecen o no, los derechos fundamentales de las víctimas, por ejemplo, una reparación integral en condiciones de igualdad, pero sobre todo teniendo en cuenta la dignidad del sujeto, pues es cuestionable que al juez de lo contencioso de inferior jerarquía, se le pongan límites económicos para indemnizar o tasar el daño a la

¹ Es interesante, que el lector pueda acercarse al Expediente 22. 163, proferido por el Consejo de Estado en el Marzo 28 de 2012, donde se exponen unos elementos hermenéuticos en la tasación del daño a la salud para ser aplicados por el juez contencioso administrativo en Colombia.

salud cuando dos persona, por ejemplo, pueden sufrir de diferente forma las consecuencias de daño o el perjuicio.

Ante este panorama, es relevante determinar desde la teoría de la decisión judicial parámetros hermenéuticos o argumentativos que un juez de lo contencioso puede tener en cuenta al tasar el daño a la salud, permitiendo con ello la prevalencia de los derechos fundamentales de la víctima.

Así las cosas, la presente propuesta se estructura en tres capítulos, queriendo con ello presentar criterios hermenéuticos que orienten la tasación del daño a la salud, teniendo como punto de discusión la regla decisional del Consejo de Estado.

En el primer capítulo se hace un exposición del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado, en perspectiva del daño a la salud, pues no se podría entender este tipo de perjuicio sino es dentro de esta teorización, es por ello el lector se encontrará con un capítulo que ubica la discusión desde los elementos propios de la responsabilidad, para terminar con la regla que se ha establecido por parte del órgano de cierre de lo contencioso y que debe ser aplicada por los jueces de menor jerarquía al determinar la indemnización respectiva.

En el segundo capítulo se presenta algunos paradigmas interpretativos con el fin de darle piso teórico a la problemática del daño a la salud. Es por ello, que en el desarrollo de este apartado, una vez presentado la interpretación específica, se hace una aplicación del paradigma en la interpretación de la tasación del daño a la salud. Se busca aterrizar la teoría a la problemática material, pues en la búsqueda de nuevos criterios interpretativos de este perjuicio inmaterial, este ejercicio tiene relevancia y pertinencia en cuanto se pretende reafirmar a salvaguardar los derechos fundamentales de las víctimas dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Así mismo, en el tercer capítulo, se evidencian unos criterios hermenéuticos a modo de enunciación, sabiendo que la construcción de los mismos se deviene en una cuestión de infinitud, pero para el presente caso, éstos, dan razón del ejercicio teórico que se ha hecho en los anteriores apartados de la investigación y como se evidencia una cuestión interesante para el tema de la tasación del daño a la salud, pues aplicando cierta forma de razonamiento jurídico, sin indicar que tiene que hacer en cada caso un juez, si se muestra la forma como operara el pensamiento en la construcción de razones que fundamenten una decisión.

Esta investigación no pretende ser un manual o recetario de cómo los jueces deben establecer o construir criterios para fundamentar sus decisiones en un caso específico como lo es, la tasación el daño a la salud.

Más que eso se pretende mostrar que a la propuesta decisional del Consejo de Estado en la tasación a la salud se le puede proponer o tras posibilidades interpretativas basada en el ordenamiento jurídico vigente, alejada del determinismo económico que sustenta la pretensión del órgano de cierre.

Desde lo planteado, la fundamentación de las decisiones judiciales deviene del sistema jurídico vigente y no sólo desde el arbitrio del juez, que en muchos casos, como por ejemplo, el parámetro interpretativo del Consejo de Estado, reduje el razonamiento judicial a una cuestión económica, se reitera.

Por ejemplo, el juez, utilizando principios y elaborando un discurso jurídico desde la reglas de la razón, con pretensión de corrección de los argumentos presentados puede, a través de un proceso argumentativo crear reglas que le permitan tasar el daño a la salud, donde el límite no esté en lo económico sino en la capacidad de crear criterios para la fundamentación de su decisión judicial, o tasación.

1. JUSTIFICACIÓN

A partir del 14 de septiembre de 2011 se sistematizó la tipología del daño inmaterial diferente al daño a la salud y constitucionales en Colombia en la tesis del daño a la salud, evitando entre otras cosas, la dispersión de daños indemnizables, la reparación múltiple y el despilfarro o racionalidad de los recursos económicos del Estado, transformando el sistema de daños de tendencia abierta a uno cerrado.

Esta tarea la emprendió el Consejo de Estado en el año 1993, quien en Sección Tercera, expediente 7428 de 6 de mayo, estableció la tesis de daño a la vida de relación, posteriormente, en el año 2007, adoptó la tipología de daño alteraciones a las condiciones de existencia, y en el 2011 presentó una nueva tesis conocida como daño a la salud y, para el año 2012 fijó como criterio valorativo en la tasación el arbitrio juris, sustentado en las reglas de la experiencia y la sana crítica, donde el juzgador tiene en cuenta el aspecto estático y dinámico del daño para determinar la gravedad del mismo y establecer la respectiva liquidación.

El Consejo de Estado ha incluido en la tesis del daño a la salud tipologías que se venían reconociendo, evitando con ello un enriquecimiento sin causa, anhelando con ello una indemnización a la víctima basada en los principios de igualdad y objetividad, aún más, racionalizando los recursos económicos.

La tesis de daño a la salud en la forma conceptual presentada por el Consejo de Estado es contraria a lo que se quiere con la indemnización del daño inmaterial. De un lado existían tesis que reconocían el daño y sus consecuencia, dejando entre dicho la razón de ser de la nueva tipología.

De otra parte, en materia probatoria se establece una cuestión de tarifa legal para probar la lesión corporal, como es el dictamen médico legal considerado por el Consejo de Estado como el elemento estático del daño a la salud que con el aspecto dinámico se constituye en los únicos indicadores que informen el arbitrio juris junto con la sana crítica y las reglas de la experiencia a fin de establecer la indemnización en sentido estricto.

Por lo anterior, si bien es cierto, conceptualmente el daño a la salud incluye tesis anteriores, unifica criterios y crea un sistema cerrado de daños inmateriales, en la práctica la regla impuesta al juez para realizar la valoración o tasación del daño no comportan un aspecto de racionalidad desde la teoría de la decisión judicial, tanto así por ejemplo que es impensable para el Consejo de Estado la aplicación del principio de proporcionalidad en la tesis del daño a la salud. El Juez aplica unos parámetros de los cuales se le es prohibido apartarse, y más aún está limitado por la cuestión económica, pues sea el estado de cosas que aparezcan, el tope de la indemnización no puede superar los 400 s.m.l.m.v.

Por tanto, todo se queda en un enunciado formal y abstracto que poco repercute en la indemnización a la víctima. Se reconoce el daño a través la prueba médico legal y la determinación que hace el juez de las consecuencias en su arbitrio y limitado siempre a un tope económica.

El Consejo de Estado pareciera que se limitara a diferenciar el daño y el perjuicio. En el pensamiento de la Corporación daño y perjuicio son lo mismo. Esto es lo que hace inviable la tesis de daño a la salud, pues el daño corresponde a la esfera interna del sujeto que se determina desde la lesión física y el perjuicio se refleja en el aspecto externo del sujeto. Son dos cosas diferentes que ameritan tesis, medios probatorios e indemnización diversa, parámetros hermenéuticos distintos y libertad al juez para que a la hora de tasar el daño pueda hacer usos del sistema

jurídico vigente y extraiga las reglas que dignifique a la víctima sin importar los limitantes económicos impuestos.

Con fundamento en lo anterior se puede estructurar la tipología de daños inmateriales que respondan a la distinción precedente y no se imponga una tesis que aunque tiene la capacidad de incluir íntegramente los daños inmateriales, se queda corta por los limitantes interpretativos del Consejo de Estado, apartándose de principios como el de dignidad humana, que avoca a la distorsión del resarcimiento o indemnización integral de la víctima, pues los jueces siempre van a estar limitados a su arbitrio y a un tope económico a imponer en sus decisiones.

Con la doctrina del Consejo de Estado se ha delineado el aspecto estático y dinámico del daño a la salud a la hora de indemnizar, se ha establecido el arbitrio juris como criterio hermenéutico en la tasación del daño a la salud, se le ha dicho al juez que justifique la decisión en su arbitrio y que en todo caso, la indemnización o tasación que realice no debe superar el monto de los 400 s.m.l.m.v., creando cierta irracionalidad en las decisiones judiciales.

Es por ello la pertinencia al establecer criterios que sustenten la tasación del daño a la salud desde la teoría de la decisión judicial, determinando teóricamente cómo puede el juez administrativo justificar sus decisiones, no solo desde el arbitrio juris, sino también mostrando otras posibilidades de interpretación que se construyen desde el ordenamiento jurídico vigente, guiado por diferentes paradigmas que permiten justificar racionalmente las decisiones jurídicas.

Es necesario, por ejemplo racionalizar y teorizar el concepto de arbitrio juris, establecer si es el único criterio llamado a sustentar la tasación del daño a la salud, especificar si definitivamente no se puede aplicar el principio de proporcionalidad a la tesis del daño a la salud, mostrar otros caminos desde la argumentación jurídica y en consecuencia establecer: ¿Qué criterios

hermenéuticos orientan la tasación del daño a la salud en la jurisprudencia del consejo de estado desde la teoría de la decisión judicial?

2. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL COMO SISTEMA EN PERSPECTIVA DEL DAÑO A LA SALUD EN COLOMBIA

2.1 INTRODUCCIÓN

Este capítulo tiene como propósito presentar el daño a la salud como nueva tipología contenedora de otros tipos de daños inmaterial propuesta en la jurisprudencia del Consejo de Estado en la sección tercera a partir del 2011 y la regla hermenéutica para la tasación del mismo.

Sin embargo, previo a ello se hace necesario establecer la perspectiva funcional y sistemática de la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano, es decir, dentro del ordenamiento jurídico vigente como se puede entender la responsabilidad Estatal como un sistema de principio y reglas armónicos entre sí, que permiten al mismo tiempo comprender la tipología del daño a la salud, pues hablar de éste, es hablar directamente de responsabilidad.

La responsabilidad se concibe como la obligación de reparar el daño causado a otro, cuando tal daño no se encuentra justificado en el ordenamiento jurídico vigente, es decir, con el daño se desconocieron derechos de los ciudadanos protegidos.

En un primer momento, el Estado puede ser declarado responsable cuando incumple un contrato, y este supuesto la responsabilidad es de tipo contractual por la naturaleza del vínculo, sin embargo, existe otra responsabilidad que no tiene su fuente en ese acuerdo de voluntades, sino que por el contrario se configura en una norma, que para el caso colombiano se constituye en el artículo 90 fundamental, conocido como la cláusula general de responsabilidad.

Pero no todo el tiempo el Estado ha sido responsable de sus actos dañosos. Dentro de la doctrina, González Noriega Olga Lucía (2009), se pueden rastrear tres momentos o fases de la responsabilidad del Estado, una primera llamada irresponsabilidad total del Estado, una segunda catalogado como responsabilidad del estado y la última como la responsabilidad creciente del Estado.

La primera fase responde a la concepción de estado soberano con un poder ilimitado incapaz de responder por los daños causados derivado de su funcionamiento, en la segunda es relevante todo el desarrolla que a partir de los fallos Blanco, Cadot y Terrier que configurando una jurisdicción autónoma e independiente propia del contencioso que juzgaba los casos de responsabilidad del Estado.

Para el profesor Suárez Hernández:

El principio de responsabilidad del Estado ha evolucionado desde la irresponsabilidad absoluta del mismo frente a los daños causados a los asociados, propio de los regímenes monárquicos y absolutistas, hasta la responsabilidad patrimonial casi total que existe en la actualidad. En la primera parte de esa evolución, aquella que corresponde al estado monárquico y absolutista, en el cual el príncipe es depositario del poder ejecutivo, no se considera siquiera la idea de que alguna actuación de ese monarca que domina tal poderío y maneja fácilmente a todos, pueda causar un daño, menos aún, que ese daño fuera objeto de indemnización.

La transición de ese estado absolutista al estado liberal burgués, en nada modificó la irresponsabilidad del Estado, toda vez que está fundamentado en el pensamiento liberal de dejar hacer dejar pasar, lo cual ocasionaba que el estado no interviniera en las actuaciones

de los asociados, bajo el prurito de no afectar su libertad. Esta falta de intervención llevada necesariamente a la irresponsabilidad del Estado, por cuanto si no actuaba, no podía causar daños. La soberanía se dejó pasar del príncipe, al pueblo.

Muy gradualmente se evolucionó de la teoría de la irresponsabilidad absoluta del Estado, a la de los funcionarios, cuando éstos desempeñaban mal sus funciones con violación de la ley y con ello se causaba un daño a las personas o a sus bienes.

Es con el advenimiento del intervencionismo estatal que se vienen a sentar las primeras bases para hacer al Estado responsable de los daños que ocasionara con su actuación, cuando sus dependencias se encargan de la prestación de los servicios públicos. En esta etapa constituye un importante antecedente el fallo Blanco, proferido en Francia por el Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873, en el cual el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado se aparta del principio de la responsabilidad civil del Código de Napoleón, para comenzar a estructurar un régimen específico de responsabilidad del poder público.

Para Suarez H. Dsniel (s.f.), el progresivo aumento del intervencionismo estatal en las actividades de los asociados, ha marcado seria evolución hacia la responsabilidad patrimonial, hoy casi absoluta del Estado, por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas

2.2 LA RESPONSABILIDAD

Para Gil, E (2001:9), el término de responsabilidad sin lugar a dudas es utilizado en todas y cada una de los diversos aspectos cotidianos del ser humano, pero de forma determinada y concreta nos interesa introducirnos más en su acepción jurídica. Dado que este vocablo en términos legales resulta de vital importancia para el estudio del derecho mismo y de cualquier Estado pues una forma de mantener orden y además es el mecanismo que posee el Estado para someter a los administrados a cumplir y no infringir preceptos legales; pero además también es una herramienta que posee determinado conglomerado social para exigir del Estado el goce pleno de sus derechos y garantías constitucionales.

Toda actuación implica una consecuencia que puede incidir en la responsabilidad del sujeto que despliega la acción, sea persona natural o jurídica, generando en las esferas jurídicas diversas clases obligaciones. Pues una vez causado un perjuicio o daño el agente activo de la acción entra a responder según los lineamientos y consideraciones legales, por ejemplo desde lo penal, disciplinario, administrativo, etc.. Dar una definición univoca de esta, resulta difícil, pues encontramos manifestaciones de responsabilidad en cada campo de la acción del derecho por lo cual resulta dificultoso dar una acepción clara y puntualizada. Empero lo que si podemos afirmar es que su amplitud y connotación jurídica se presta para que cada día se estudien nuevos aspectos de esta que podrían estar en constante evolución, así como el ser humano y sus costumbres están en constante movimiento y se ve la necesidad de regular situaciones nuevas que por x o por y siempre acarrearán cierto grado de responsabilidad.

El ordenamiento jurídico legal contempla la existencia de diferentes clases de responsabilidades, pues dependiendo de una serie de características y elementos que son propias de cada una se puede entrar a hablar específicamente de responsabilidad según sea el caso. Siendo así la

responsabilidad penal, disciplinaria, civil y administrativa. Como es apenas lógico cada una de estas nacen de hechos o aspectos jurídicos diferentes pero generadores de obligaciones y por ende fuentes de responsabilidades.

Para efectos de cumplir con el objeto de este trabajo se tendrá en cuenta la responsabilidad administrativa, por lo cual nos limitaremos a la exposición detallada de la responsabilidad extracontractual del Estado en lo relacionado a la prestación de los servicios profesionales de la salud específicamente en desempeño del área de la medicina obstétrica. Para lo cual, el objeto de reflexión se centra en el estudio del desempeño del galeno en ejercicio de su profesión a la hora de atender las necesidades del servicio, atendiendo a los requerimientos de estos como componente esencial del derecho fundamental a la salud.

2.3 RESPONSABILIDAD CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

El sistema jurídico colombiano en su esfera pública, regula el régimen de responsabilidad estatal partiendo de lo conceptuado en la Constitución Política de Colombia de 1991, pues a partir del artículo 90 según Hidròn (2011:63) se dan las bases que constitucionalmente permiten hablar de un Estado patrimonialmente responsable.

El desglose de este artículo no nos habla directamente de los regímenes que contempla nuestra legislación, sin embargo Bustamante, A (2003:8) asevera que doctrinal y jurisprudencialmente que cuando se habla de responsabilidad del Estado estamos frente a dos grandes regímenes como lo son el régimen de responsabilidad subjetiva y el régimen de responsabilidad objetiva.

Por tanto, se hace necesario profundizar sobre tales regímenes, pero no sin antes analizar los elementos que configuran la responsabilidad en sede administrativa, como son el daño y todo lo que se deriva a partir de él.

2.4 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Lógicamente como cualquier otra figura jurídica, la responsabilidad administrativa posee una serie de elementos que dada su naturaleza son requisitos sine qua non no se puede declarar patrimonialmente responsable al Estado. La Corte constitucional en sentencia C- 644/11 considera que los elementos constitutivos de responsabilidad estatal...

La responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro sistema jurídico, encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente.

La doctrina y la jurisprudencia en este punto no definen de forma unificada cuales son los elementos que deben concurrir para determinar la responsabilidad patrimonial de Estado, pero tradicionalmente coinciden en los que a continuación se desarrollan.

2.4.1 El daño El vocablo daño proviene del latín *damnum* que se relaciona con causar perjuicio, menoscabo, molestia o dolor. En términos jurídicos daño es causar un perjuicio a una persona o a su patrimonio por acción u omisión de otro sujeto. En esta esfera, el daño tiene connotaciones semejantes pues en todas los espacios del derecho se tiende a encaminarlo por el fin perseguido, pues así cuando en el derecho penal se habla de daño es porque su efecto va contra el bien jurídicamente tutelado a diferencia del campo de lo civil esto en razón del sustento o espíritu del legislador. En todos los espacios de la vida cotidiana de determinado conglomerado social el daño está presente ya sea por causa y efecto de cada individuo o por las acciones u omisiones del Estado a las hora de desempeñar cada una de las tarea que recaen única y exclusivamente en su poderío.

Con la institución de la Constitución Política del 1991 los administrados obtuvieron la herramienta de protección con la cual pueden hacer salvaguardar sus derechos cuando por acción u omisión de los agentes representativos del Estado les cause un perjuicio y le sea imputable. Encajando el daño antijurídico con los principios constitucionales como la solidaridad, igualdad y garantías patrimoniales, esto afirmado por la corte constitucional en la sentencia C- 333 de 1996.

El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del

Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de junio de 1991, expediente. 6454, Consejero ponente Julio César Uribe Acosta y 6 de junio de 2007, expediente. 16460, C.P. Ruth Stella Correa Palacio coincidiendo en expresar la noción de daño antijurídico en que... *El daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la Doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.*

(...) La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación, bien sea a través del régimen subjetivo (falla en el servicio) o del objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

Bustamante, A (2003) define el daño como la lesión de un interés tutelado por el derecho y causado por el comportamiento ilícito o no de una persona ya sea natural o jurídica diferente del titular del mismo.

De otra parte para Henao, J (1998) haciendo una distinción entre el daño y el perjuicio, expresa que “*daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima*”. Así, es loable manifestar con precisión que el autor no está definiendo el daño sino el perjuicio, el cual es el objeto de la indemnización patrimonial del estado, porque tal aminoración debe encontrarse protegido por la constitución o la ley.

Así, el daño es una cuestión negativa que priva a los asociados de sus derechos legítimos y fundamentales, pues cuando aparece, la existencia del individuo se reducida y en cuanto tal es pertinente tratar de reparar ese deterioro.

Ahora es clara que una cosa sea el daño en sí y otra es el perjuicio, pero si no existe el primero muchos menos se puede hablar del segundo, y aquí es donde cabe hablar de la indemnización del perjuicio que irradia en todas las esferas del sujeto.

2.4.1.1. Características del daño. Algunos autores como Bustamante, A (2003:279) conciben estas características como requisitos que debe cumplir el daño para ser indemnizable. El autor señala que los requisitos son a) Cierto, por oposición a lo eventual; b) subsistente, que implica haber sido reparado; c) Antijurídico, pues quien lo padece no tiene el deber jurídico de soportarlo; d)

propio o personal, quien lo sufre es quien demanda; e) que el demandante tenga el título de legítimo.

Por otro lado las características del daño antijurídico según el Consejo de Estado sostiene (...) Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida. A su vez Gil. E (2001:23) nos asevera que para la existencia jurídica del daño este debe ser directo, personal y cierto. Una de estas particularidades como lo es el ser directo consiste en la relación determinante de su relevancia jurídica, lo indica que el daño debe ser referible al autor para que exista una conexión entre este y el daño, básicamente en temas de responsabilidad extracontractual del Estado la importancia jurídica estriba en mostrar la conexión del daño y el Estado como autor de este; por otro lado cuando se hace la alusión característica de personal nos referimos a la legitimidad para hacer la reclamación, pues quien está calificado como legítimo es el directamente perjudicado o quien tenga la capacidad de probar el perjuicio. Pues en este punto no se atiende vínculos de consanguinidad ni afinidad sino la capacidad o legitimación de demostrar la acusación de un daño. En lo relacionado a que dicho daño debe ser cierto se refiere el autor a que el daño elementalmente en la noción tiempo pasado, presente o futuro esto en razón de que no podrá ser resarcido lo eventual, hipotético o posible. El consejo de estado considera que el perjuicio futuro virtual indemnizable funciona sobre la categoría de probabilidad como instancia de conocimiento y comportamiento social e individual en oposición a lo posible; el rasgo de cierto es el aspecto relacionado con la pérdida de oportunidad, que consiste en la imposibilidad de perseguir un fin, pues es una interrupción de un proceso que podría conducir a la obtención de un beneficio

2.4.1.2 Tipología del daño en Colombia Tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran que según sea el perjuicio que se cause a quien no está

en la obligación jurídica de soportarlo se pueden distinguir una clase de daños. Gil, E (2001) hace una clasificación de estos, teniendo en cuenta pronunciamientos del Consejo de Estado. Esta distinción es el daño material y el daño inmaterial.

El daño material según el autor es descrito como aquel detrimento que sufre el patrimonio económico del titular del perjuicio y que está compuesto por el lucro cesante y el daño emergente. Pues estos son conceptos que enmarcan todos aquellos elementos que contribuyen con el crecimiento del patrimonio y que buscan ser resarcido de tal forma que cuando lo lesionado es un derecho ya sea la salud, la vida, el desempeño profesional cuando hay de por medio una incapacidad laboral la jurisprudencia ha puntualizado en este aspecto al considerar que tales derechos lesionados deben ser pagados en valores que sean necesarios como consecuencia de la violación; pues se tienen en cuenta factores de cotidianidad, actividades de placer que se realizaban antes de sufrir el perjuicio, actividades escolares y de formación y por supuesto las actividades de índole profesional; En cambio en el plano de perjuicios que recaen sobre bienes ya sean muebles o inmuebles el panorama es más sencillo pues determinar el valor de un bien es cosa que se resuelve gracias a los peritaje.

En la esfera de los daños inmateriales estos se traducen a los daños morales y el daño fisiológico o también llamado daño a la vida de relación, Gil, E (2001) define el daño moral como aquel que atiende al cubrimiento de la lesión de los sentimientos, situaciones alogenas, o el deterioro de la integridad afectiva o espiritual que no afecta la integridad física. El daño fisiológico lo define como es aquella pérdida de la capacidad lúdica o placentera que puede brindar la integridad corporal, el cual comprende todo lo relacionado con el aspecto estético, alteraciones a las condiciones de existencia y el daño psicológico que aunque

posee elementos comunes al daño moral no se puede predicar que sea intrínsecamente iguales.

A modo de conclusión podemos afirmar que el derecho del daño es una teoría que ha tomado mucho fuerza en el ordenamiento jurídico colombiano toda vez que se estructura atendiendo los lineamientos de principios constitucionales, imponiendo al juez la tarea de una justa y adecuada medición de este, para cumplir con el principio de una reparación integral teniendo en cuenta que toda valoración de daño debe tener como eje central al sujeto que lo padece debido a la plena protección de sus garantías y derechos constitucionales.

2.4.2 El hecho La palabra hecho se deriva del latín factus que permite describir aquello que sucede como las acciones, en el ámbito jurídico el hecho como elemento fundamental de toda responsabilidad es el acontecimiento o suceso físico trascendental derivado del actuar u omitir de la administración y del cual se deriva el daño que sufren los administrados.

2.4.3 El nexo causal como supuesto que deviene en responsabilidad Para Bustamante A. (2003) el nexo causal es un elemento de innegable importancia pues es concebido como el vínculo que debe existir entre dos o más fenómenos que deben preceder el uno al otro y que están íntimamente ligados. Para este autor este concepto posee una doble connotación pues en sentido material indica que debe existir entre el hecho y el daño una relación de causalidad y en el sentido jurídico es este que determina la posibilidad de atribuir dicho al Estado.

2.5 UNA REFLEXIÓN DEL SISTEMA DE REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD

En Colombia, son dos los sistemas que integran los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado, siendo la objetiva y la subjetiva. Cada una posee una serie de características, elementos y aspectos que serán materia de estudio a continuación.

Por un lado, a responsabilidad objetiva según Bustamante (2003) se caracteriza por la ausencia del factor culpa o la llamada falla del servicio, en este régimen se tiene en cuenta el Daño como elemento esencial que lo configura. Este daño debe sufrirlo el administrado y el estado debe estar en la capacidad de resarcirlo en aras de garantizarle a quien lo sufre sus derechos y garantías constitucionales. A este respecto Bohórquez, I (2009) considera que “es aquella que no admite la exclusión de la responsabilidad por ausencia de culpabilidad o imputabilidad del infractor” este autor imagina este régimen como contrario a la constitución política, pues afirma que este sistema enmarca figura del derecho penal como es la culpabilidad e imputabilidad, pero la contrariedad la denota en que esta clase de responsabilidad no admite una exclusión de responsabilidad a la vez que los principios constitucionales predicen la presunción de inocencia hasta que no se demuestre judicialmente lo contrario. Como fundamento el autor trae a colación la posición de la corte constitucional pues esta corporación en sentencia C-616 de 2002, magistrado ponente doctor Manuel José Pineda “considera que en materia administrativa ha aceptado solo de manera excepcional, atendiendo las especificaciones de cada caso la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva” así las cosa podemos afirmar que cada caso requiere de un tedioso estudio y análisis, pues no siempre las circunstancias de modo y lugares son iguales.

En consecuencia esta clase de responsabilidad enmarca una serie de modalidades de título de imputación, que actualmente conservan vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Le responsabilidad objetiva para Bustamante, A. (2009) es aquella en la cual no hay cabida para la falta o falla en el servicio y en la cual es menester de la parte accionante demostrar los elementos que caracterizan a la responsabilidad estatal y que se le imputan al Estado, la idea expuesta que proporciona el autor permite deducir que esta modalidad no tiene en cuenta el factor culpa. Teniendo en cuenta que los elementos esenciales de responsabilidad son el hecho imputable, el daño generado y el nexo de causalidad entre estos dos, también son estos los más importante que deben tener en cuenta los demandados, pues es deber de estos entrar a romper esa relación de causalidad que une íntimamente a estos elementos solo así podría exculparse de lo que se le señala. Para tal fin la ley señala taxativamente la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima como causales de exoneración.

La presunción de responsabilidad se aplica a los casos de los daños ocasionados con cosas o actividades peligrosas, a los daños sufridos por los concriptos, a los daños sufridos los reclusos, los daños sufridos por los pacientes internos en centros asistenciales y por último los daños sufridos por los estudiantes de establecimientos educativos oficiales.

En consecuencia de lo expresado si el Estado demuestra que actuó de forma diligente, cuidadosa y oportuna no será exonerado dado que para la aplicación de esta figura jurídica lo que importa es el daño mas no la culpa. En síntesis la condena que le impondría al estado sería por un mal funcionamiento que no debe ser concebido como falla en el servicio, pues es imperioso tener claro que dada unas circunstancias especiales de cómo se produjo el daño

y como serán reparados por el Estado dicho daño se desconecta de una conducta ilícita.

Por ejemplo, la jurisprudencia fundamenta la teoría del riesgo excepcional a partir de los fallos proferidos por el honorable Consejo de Estado el 20 de febrero 1984 en cabeza del consejero Dr. Eduardo Suescùn Monroy y que posteriormente han sido reiterados en diversas ocasiones. La tesis propuesta por esta alta corte se fundamentó en el principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas, imponiendo al Estado el deber de indemnizar al ciudadano que lo padece, esto fundamentos hoy por hoy tienen sus soportes en los artículos 13 y 90 de la constitución política, pues en la época en que fue proferido este fallo solo se sedimentaba en la teoría administrativa de responsabilidad.

Esta subespecie de responsabilidad plantea que esta se evidencia cuando se está frente a un desequilibrio de cargas de los administrados y el Estado lo cual genera un rompimiento, lo que en efecto ocasiona el daño dando paso a que el agente que lo sufre este en un riesgo, siendo esto lo que genera u ocasiona el nacimiento de responsabilidad el Estado por Riesgo Excepcional. Una condición notable de esta especie de responsabilidad es que no opera en ella la falla en servicio.

Bustamante, A.(2003) expone una definición precisa del riesgo excepcional, en los siguiente términos:

“el riesgo excepcional o de naturaleza especial es otro en los campos de los cuales se desenvuelve el régimen de responsabilidad objetiva del Estado, en el que no entra a jugar papel alguno el concepto de falla del servicio y que solo permite como exoneración de responsabilidad, la demostración, por parte

de la entidad oficial demandada, de la fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.”

Dentro de esta teoría encajan todos aquellos casos de daños causados por redes de energía eléctrica, oleoductos, gaseoductos.

Otro título de imputación, dentro del régimen objetivo, es la responsabilidad por trabajos públicos, caracterizado por la ocupación temporal o transitoria que hace el Estado de un bien inmueble perteneciente a un individuo ya sea total o parcialmente y por la cual se generan daños a este en aras de ejecutar una obra pública. En efecto debe existir una limitación por parte del Estado o por sus agentes al dominio, el consejo de Estado ha determinado una serie de requisito o elementos que deben concurrir como lo son “el daño antijurídico consiste en una lesión al derecho real de propiedad del cual es titular la víctima o de quien no tiene el deber jurídico de soportarlo, la imputación del daño al Estado, y la relación causal entre el daño y dicha ocupación.

Igualmente, la teoría del daño especial puede ser confundida con la del riesgo excepcional, pero sin duda alguna son dos corriente que emanan de fundamentos disímiles, pues esta surge de la exposición que hace el Estado a la comunidad a ciertos riesgo catalogados como peligrosos en el desarrollo y consecución de los esenciales del Estado.

Para la realización de las actividades propias del Estado ya sea administrativas o no, se puede causar un daño a la comunidad, pero ello no implica que ese actuar de la administración sea contrario a derecho, pues el actuar es licito y legal desde todo punto de vista, no obstante puede causar un daño a la comunidad. En eventos como este el Estado está en la obligación de resarcir a quien lo sufre.

Bustamante, A (2003) expresa claramente deben coexistir dos elementos, la completa legalidad de la actuación administrativa y el rompimiento de la igualdad de cargas públicas. Pues es importante la existencia de estos ya que estos son determinantes a la hora de pretender una indemnización, dado que estos es excluyen para cualquier otro tipo de responsabilidad estatal.

Para el Consejo de Estado en fallo del 13 de septiembre de 1991, considera que la responsabilidad por daño especial debe cumplir una serie de características propias que le tipifican, como lo es el desarrollo de una actividad lícita por parte de la administración; debe surgir un menoscabo de los derechos de una persona; el menoscabo de esos derechos deben emanar de la desigualdad de cargas frente a la ley; el daño debe ser grave y especial. Son catalogadas dentro de este régimen todas aquellas actividades peligrosas como las operaciones militares, fabricación, uso y porte de armas por parte de administración entre otras.

En otro sentido, la responsabilidad del estado se puede dar por la expropiación y ocupación de inmueble en tiempos de guerra. La responsabilidad patrimonial del Estado con relación a esta modalidad solo se puede predicarse de los daños antijurídicos que sufran los administrados en tiempo de guerra, pues en el ordenamiento jurídico colombiano es planamente lícito que Estado disponga ocupar temporalmente inmuebles, para cubrir las necesidades presentadas. El criterio expresado tiene sus bases en el artículo 59 de la constitución política, en la cual se da una especial protección a la propiedad privada, dando al Estado el deber jurídico d responder por cualquier clase de expropiación que realicen sus agentes. Esta modalidad de responsabilidad no admite causales de exoneración de responsabilidad, pues basta con que el titular demuestre la expropiación y ocupación, salvo que esta sea por causas extrañas.

Así mismo una nueva hipótesis de responsabilidad, se puede derivar del acto administrativo. La teoría del acto administrativo es un tema que ha ocupado gran tiempo en estudios en el derecho administrativo, pues es tan amplia y compleja que requeriría de un estudio individualizado para dedicarse a su desarrollo, por lo cual se limitara en el presente proyecto al desarrollo de su concepto, encaminando el desarrollo hacia los medios de control idóneos para pretender una reparación una vez producido un daño.

Los actos administrativos son definidos por el consejo de Estado en sentencia del 31 de marzo de 2011 como las manifestaciones de voluntad proferidos unilateralmente por la administración que tienen la virtualidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de distinto orden y que ordinariamente están revestidos por formas tradicionales - como decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos. De acuerdo con los razonamientos del alta corte todo acto administrativo conlleva una serie de efectos jurídicos que según sea su naturaleza estos se generan y que para su existencia se requiere la manifestación mediante una decisión de la administración y que esta genere efectos en derecho. Así mismo Bustamante, A (2003) considera que un acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad de administración. Este autor nos ilustra cuando un acto administrativo es generador de responsabilidad, cuando este genera un daño antijurídico y dicho acto se encuentra viciado, pues el título de imputabilidad de responsabilidad del Estado radica en la ilegalidad del acto. De igual forma considera el autor que en la responsabilidad patrimonial del Estado por acto irregular debe concurrir tres elementos a saber de la responsabilidad objetiva, el primero es el hecho en desconocimiento de un derecho protegido, el segundo el daño que es el menoscabo del patrimonio de quien lo padece y el tercero el nexo de causal entre el daño y el perjuicio.

No obstante una vez surgido el daño por el acto ilegal lo correspondiente al lesionado es buscar una reparación de sus derechos en la jurisdicción contenciosa administrativa, haciendo uso de los medios de control que la ley pone a disposición de los ciudadanos, y que en este caso sería mediante una reparación directa. El Consejo de Estado en sentencia del 24 de agosto de 1998 ha precisado que la reparación directa es la vía procesal adecuada para reclamar eventuales perjuicios derivados de la revocatoria directa de un acto administrativo.

En conclusión el acto administrativo una vez expedido con irregularidades viola preceptos constitucionales, lo cual hace que sea en contravía de cualquier Estado de Derecho, por este motivo la norma y la jurisprudencia son clara al considerar este mecanismo de control como la vía procesal adecuada para hacer efectiva la protección de garantías constitucionales cuando se está ante casos que ponen en riesgos a los administrados por actuaciones de la administración.

Otra nueva modalidad de responsabilidad objetiva es la obstétrica cuando interviene el médico tratante. Este régimen según Bustamante, A. (2003) hace énfasis a la culpa en la prestación del servicio, pues se presenta cuando el servicio se presta de forma tardía, deficiente por culpa de los agente del Estado. Empero el hecho que sea necesaria la presencia de la culpa no basta para afirmar que estamos frente a un caso de responsabilidad subjetiva, pues es necesario que armonicen una serie de lineamientos.

En este orden de ideas, el factor probatorio es imperiosamente esencial para determinar si hubo una falla o no, pues en cada caso específico se entra a jugar con un dinamismo probatorio. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han puntualizado en los elementos que enmarcan la falla del servicio, precisando que debe existir un hecho ya sea por omisión u acción, la culpa imputable al

Estado, un daño y un nexo causal entre estos en si funciona demostrando que un daño que se generó a X administrado fue causado por un agente del estado .

Ahora bien, frente a lo anterior, es posibles que se configure en tema de responsabilidad, el régimen subjetivo, desde la falla en el servicio, la cual presenta dos modalidades que es la falla presunta del servicio y la falla probada; cada una de estas serán desarrolladas en su integridad a continuación.

Según Bustamante A. (2003) la jurisprudencia nacional ha tratado el tema de responsabilidad extracontractual del Estado basado en la teoría de la falla del servicio, correspondiéndole al demandante lesionado la carga probatoria; consecuentemente la teoría de la falla probada evolucionó como una modalidad específica de la teoría básica, dando un trascendental paso a la falla presunta del servicio. Esta teoría surgió fundamentada en que el Estado para cumplir con sus fines esenciales, por medio de sus agentes realiza actividades peligrosas que involucran un riesgo para los administrados.

Esta nueva tesis permite concebir el riesgo como un factor al que están expuestos los gobernados, rebasando a un fase de vulneración e indefensión, pues la seguridad a la que tiene derecho se ve limitada por el mismo Estado en aras de ejercer aquellas tareas de las cuales solo él es titular. Así las cosas esta teoría sostuvo que al tratarse daños ocasionados por actividades peligrosas, como lo son las armas de dotación oficial, redes de conducción de energía eléctrica, elementos explosivos, inflamables, conducción de vehículos oficiales la falla en el servicio de presumía ser contra el Estado. En virtud de lo anterior correspondía a la parte demandante solo demostrar que efectivamente había sufrido un daño y que entre este y el hecho existió una relación de causalidad, aligerándole así la carga probatoria. Quedándole a la admiración solo excusarse

alegando que no hubo una falla en el servicio pues que obro con tal prudencia y diligencia que no hay lugar para que su conducta pueda ser calificada como omisiva, tardía o irregular.

Entonces se puede afirmar que esta tesis tiene como ingrediente fundamental la culpa concebida como la esencia de la falla, pero es una culpa presumida siendo esto el punto clave para la administración pues su oportunidad de defensa es desvirtuar o destruir esa presunción; pero esta no es la única salida pues puede entrar a desgajar el nexo de causalidad entre el hecho y el daño sufrido.

A partir del fallo de 31 de julio de 1989 del honorable consejo de Estado en el cual se especifican las características fundamentales de la falla del servicio presunta, en el evento que los perjuicios sean ocasionados por armas de dotación oficial o actividades peligrosas, se empezó a aplicar estas pautas, extendiéndose como un sistema de aplicación subsidiaria para las muertes causadas por las autoridades en sitios de reclusión, a los conscriptos y a los casos relacionados con el servicio a la salud en entidades estatales.

Ulteriormente con el fallo del 30 de junio de 1992 el consejo de Estado modifica su posición definiendo los parámetros en los cuales debía moverse la falla presunta, estableciendo que esta tesis opera solo para los casos de responsabilidad patrimonial del Estado cuando hay una defectuosa prestación de servicio en el área de la salud, ya sea por los profesionales o las entidades a su cargo, reservando todo lo relacionado con las actividades peligrosas, los daños que sufren los reclutas, conscriptos y pacientes enfermos de centros hospitalarios para ser desarrollados en el régimen objetivo bajo la perspectiva de presunción de responsabilidad.

En la órbita de los servicios médicos en 1990 el Consejo de Estado mediante sentencia de su sección tercera se empezó a cuestionar las irregularidades en esta área dado que eran tratados bajo el régimen de la falla probada, para encaminarlos al régimen de la falla presunta. Pero solo se consolidó hasta el fallo de 30 de junio 1992, como se mencionó anteriormente, poniéndole fin a la difícil labor probatoria en cabeza del lesionado demostrar las irregularidades en el servicio. La presunción de la falla en el servicio de la salud se basó inicialmente en que era el profesional médico quien tenía mayor posibilidad de demostrar y por ende aportar elementos materiales probatorios que permitieran probar que su actuar como galeno encajaba en una buena práctica médica, esto en razón de sus conocimientos técnico y científicos. Consecuentemente la jurisprudencia considero que no se trata de que el profesional de la salud siempre debe demostrar su diligencia y cuidado sino de una forma más acertada se propuso un dinamismo probatorio en el cual tendrá la carga de la prueba a quien este en el mejor posición de demostrar la falla o la ausencia de la misma.

La obligación intrínseca que tiene el Estado frente a los servicios médicos siempre es de medio mas no de resultado, pues este como único titular de este servicio está en el deber de brindar a todos los administrados una atención médica adecuada, oportuna y diligente según los protocolos de la práctica médica. En virtud de esto el galeno debe ajustar su labor en las directrices de las normas médica, técnicas y éticas para la práctica de su profesión de no ser así nos encontraríamos frente a una situación conocida como una práctica médica irregular o actos médicos defectuosos generadores de responsabilidad.

Otra modalidad de la falla, es subjetiva probada. Cuando se habla de falla en el servicio en términos jurídicos según Bustamante A (2003) se expresa es una culpa en el servicio, evidenciándose en un servicio que no funciona, que se presta de forma tardía o deficiente por culpa de los agentes operadores del

Estado. Para ellos se requiere que el servicio haya sido defectuoso ya sea por la acción u omisión dolosa o culposa de los servidores públicos. Entonces en el ámbito probatorio corresponde al señor Estado demostrar que sus agentes actuaron con todo el cuidado, diligencia y prudencia del caso para librarse de toda culpa.

Al acoger la jurisprudencia esta teoría de la falla probada era necesario demostrar todos y cada uno de los elementos constitutivos de esta teoría, para que fuese procedente una condena en contra del Estado, así fue como se empezó a dar aplicación a esta; pero en consideración con las víctimas se hizo más necesario el razonar sobre los derechos de las víctimas los cuales eran agredidos por las conductas anómalas del Estado y por tal razón decidió la jurisprudencia introducir una serie de excepciones a la exigencia de probar todos los elementos constitutivos de la falla en servicio probada, en la acusación de un daño, teniendo como resultado la progresión de la tesis de la falla presunta en el servicio pero reservado para los casos de daños causados por armas, explosivos, accidentes de tránsito y daños producidos por redes eléctricas.

Hacia el año 1992 surge otra evolución jurisprudencial, la cual consistió en una reserva de la falla del servicio, cuya tesis consideró la falla presunta únicamente para los daños surgidos de la mala prestación de los servicios de la salud cuando estos estaban a cargo del Estado, distinguiendo de igual manera que todos aquellos casos que eran tratados bajo esta tesis ahora sería contemplados bajo la figura de la presunción de responsabilidad.

Entonces, la falla en el servicio a diferencia de la falla presunta necesariamente presupone unos requisitos propios, como lo es el hecho ya sea una acción, omisión, retardo o cualquier irregularidad de las autoridades públicas; la culpa como requisito esencial entendida esta como la anomalía en el servicio; un

daño calificado como antijurídico; por ultimo un nexo causal entre estos elementos.

2.6 LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y EL INSTITUTO DEL DAÑO A LA SALUD

El daño a la salud es una nueva categoría de daño inmaterial establecida por el Consejo de Estado a partir de dos sentencias gemelas que promulgó en el mes de septiembre de 2011².

Desde el año de 1993, el Consejo de Estado Sección Tercera, expediente 7428 de 6 de mayo, estableció la tesis de “daño fisiológico que posteriormente, en el año 2000, se denominó daño a la vida de relación”. En el año 2007, la misma Corporación evolucionó en su doctrina y configuró la tipología de “alteraciones a las condiciones de existencia”. El 14 de septiembre de 2011 presentó una nueva tesis recogida del ordenamiento Francés conocida como “Daño a la Salud” y, en el año 2012 fijó criterios hermenéuticos para tasar el monto de la indemnización.

La finalidad o el objetivo del alto tribunal es usar la nueva categoría como una especie de contenedor del daño inmaterial, diferente al moral y a los daños constitucionales y a los daños materiales. Esta filosofía del contencioso se ha reafirmado en sentencias posteriores a las del dos mil once, por ejemplo la sentencia de unificación del pasado 28 de agosto³.

² Las sentencias de las cuales se hace mención corresponde a los expedientes 19.031 y 3822 del 14 de septiembre de 2011 del. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, en los cuales ese expone la tesis del daño a la salud como afectación sicofísica del sujeto..

³ En esta sentencia se exponen los criterios que debe tener en cuenta el juez a la hora de tasar la indemnización del daño.

Con ese panorama el máximo órgano de lo contencioso ha querido evitar la dispersión del daño inmaterial, por eso en su jurisprudencia se han delineado lo que podría ser la tipicidad del daño en Colombia, la cual estaría dada por un lado con la denominación de los daños materiales, daño emergente y lucro cesante, daño inmaterial que comprende el daño moral, daño constitucional, alteración grave a las condiciones de existencia cuando se pueda prestar, y el daño a la salud.

El daño a la salud no es una cuestión pacífica. A partir de 1992 se le denominó daño fisiológico, posteriormente tomó el nombre de daño a la vida de relación, y a partir del 2007 recibió la denominación de alteración grave a las condiciones de existencia, la cual fue remplazada en el 2011 por la tesis del daño a la salud. Esta última categoría contiene todas las expresiones o manifestaciones del daño. En el pensamiento del Consejo de Estado, en Colombia los jueces contenciosos solo pueden reconocer el daño o el perjuicio en la perspectiva del daño a la salud cuando hay una afectación en la esfera sicofísica del sujeto, otro tipo de perjuicio le es vetado a los jueces reconocer o indemnizar.

Un daño estético, un daño a la vida de relación, un daño a las condiciones existenciales de los ciudadanos no tiene sentido ni autonomía, no es posible su configuración y sería imposible su resarcimiento o tasación, contrario al daño a la salud que si cuenta con el sentido, la autonomía y la vocación de resarcibilidad o tasación.

Ahora bien, la cuestión se torna más compleja, pues conceptualmente desde la posición del órgano de cierre, el daño a la salud se define como *toda afectación psicofísica* sufrida por un sujeto que soporta las consecuencias del daño antijurídico. El detalle es determinar sino existen otros perjuicios antijurídicos que trasciendan la esfera sicofísica del sujeto.

Pero además existen otras cuestiones conflictivas como lo es el imperativo del Consejo de Estado al decirle al Juez administrativo que cuando realice la respectiva tasación del daño no puede superar el monto de los 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

El asunto es sugestivo porque según el precedente contencioso con esta tipología se gana objetividad a la hora de indemnizar y se propende por el principio de igualdad. Lo anterior teniendo como premiso que el daño a la salud contiene un componente objetivo y otros subjetivo, el primero se le denomina aspecto estático de tal daño y el segundo aspecto dinámico. Pero cuál es la cuestión de esto. Veamos.

El daño a la salud se puede mirar desde dos perspectivas⁴. Desde la perspectiva estática u objetiva es fácil determinar previa valoración de la prueba legal pertinente del médico legista, la cantidad o porcentaje de pérdida por el perjuicio, es decir igual pérdida igual indemnización. Desde la otra perspectiva, es decir la dinámica, responde al aspecto subjetivo de la víctima, que depende de las condiciones propias de cada sujeto que ha sufrido el las consecuencia del daño.

En el pensamiento del Consejo, la cuestión es justa cuando un perjuicio se logra indemnizar teniendo como fundamento la prueba científica y la valoración subjetiva del juez.

Pero esto no es todo, como se anotó en precedencia, el Consejo condiciones la juez a la hora de tazar la indemnización, pues le dice que en todo caso no puede superar los 400 salario mínimos mensuales vigentes. El juez está amarrado a temas monetarios y no jurídicos, es decir el aspecto económico está a la base de

⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 22. 163. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero . Marzo 28 de 2012.

una sentencia donde se declare responsable al estado en el sentido de que se vuelve determinante de la entidad del perjuicio.

No se sabe que tan constitucional o racional sea el proceder del consejo de estado al indicarle al juez como debe ser su proceder cuando entre a valorar la indemnización a una víctima.

La argumentación de este órgano se puede presentar como una argumentación tradicional desde la perspectiva de Ducrot cuando se quiere llegar a la conclusión partiendo de unos argumentos aislados e independientes, sin ningún valor argumentativo por sí solos, es decir son segmentos que vistos por separados no funcionan como postulados interpretativos.

Es aquí donde recobra valor la teoría polifónica de la interpretación o argumentación. Este tipo de argumentación armonizada con lo que Ducrot denomina nueva teoría de la argumentación basada en el sentido o en la lingüística es decir, este tipo de argumentación se construye desde los enunciados vistos no aisladamente en función de una conclusión, sino con la fuerza de que ese mismo enunciado por sí solo puede ser argumentativo sin necesidad de mantener la estructura aislada que presenta la argumentación estándar. Un argumento se le denomina aislado en el sentido en que por sí solo puede dar sentido a una cuestión, no en el sentido de la argumentación tradicional que propende mantener un argumento aislado sin fuerza argumentativa.

Además de eso, por ejemplo, Emerson establece la argumentación compleja que no se contenta o se ancla a un solo argumento, sino que tiene en cuenta muchas posibilidades o se construye teniendo en cuenta varios argumentos.

Lo anterior constituye, por un lado, el encuentro con la teoría de la nueva argumentación de Ducrot desde el punto de vista polifónico, pues se tiende a

establecer una variedad de posibilidades a la hora de hacer una interpretación o argumentación. Por el otro lado Eemerson se relaciona en cuanto la argumentación tiene su origen en el argumento único pero que puede evolucionar y crecer hacia una argumentación compleja que se edifica con varios argumentos.

Los postulados de estos pensadores a saber por ejemplo en que según Ducrot los enunciados separadamente pueden argumentar a diferencia de la argumentación ingenua tradicional, y Eemerson en el sentido poder argumentar desde la base de una visión compleja en la construcción de la utilización de varios argumentos al unísono.

Quisiera hacer un paréntesis y volver a la argumentación del Consejo de Estado sobre la tipología del daño a la salud y establezcamos un tipo de argumento empírico a fin de evidenciar la argumentación ingenua de este ente frente a la tipología del daño que nos ocupa.

Se supone lo siguiente. Una señora entra a un Hospital Público porque es el tiempo de tener su bebé. Después de un tiempo prolongado, el médico que la atendió sale y le comunica al esposo que la paciente falleció y que se pudo salvar al niño. El padre del niño no convencido inicia proceso contencioso en contra de la entidad pública y efectivamente esta es declarada responsable por la muerte de la madre.

En el presente caso el juez contencioso solo pudo ordenar y condenar a la autoridad administrativa por daños materiales como lucro cesante, daño emergente. En la categoría de daños inmateriales condenó por daño moral, daño constitucional y el daño a la salud no se reconoció a los demandantes porque tal teoría advierte que este comprende cualquier afectación a la esfera sicofísica de un sujeto y como en el presente caso la persona murió, tal tipología carece de fundamento.

Otra categoría de daños como sexuales, estéticos, a la vida relación, a las alteraciones graves a las condiciones de existencia se hacen imposibles ser reconocidos, pues el precedente es clarísimo al determinar que los jueces administrativos en el Estado Social de derecho Constitucional Colombiano, cuando se trate de reconocer un daño inmaterial diferente al moral o a los daños constitucionales, sólo les es dable reconocer el daño a la salud.

Pero el caso es que una persona muere y con ella muere la posibilidad de reconocer el daño a la salud como una categoría contenedora de todas las formas de daños inmateriales diferente al moral y a los daños constitucionales.

Se pregunta si esa clase de argumentación no es ingenua, unidireccional, miope, simplista, reduccionista, y cosifica los derechos y la dignidad de la víctima. Al esposo que sufre el daño antijurídico no le es dable que se le reconozca otra categoría de perjuicio por la muerte de su esposa. No se le altera acaso, su vida de relación, sus condiciones de existencia no se modifican por el hecho dañino de la autoridad administrativa.

Desde una argumentación tradicional y simple, el estado de cosas se ajustan al pensamiento del Consejo de Estado, pero desde una teoría de la argumentación nueva, renovada y compleja, se pueden establecer un sin número de perjuicios, pues en los últimos tiempos la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el perjuicio tiene multiplicidad de manifestaciones.

Sería del caso cuestionarse si el precedente contencioso responde a los postulados constitucionales o más bien se torna a favor de cuestiones económicas y sus consideraciones se vuelcan al campo de lo político desconociendo que las decisiones de los jueces deben estar sujetas al derecho y al discurso jurídico vinculante más no a decisiones que propenden por reducir el flujo de dineros al

pago de las condenas estatales cuando las autoridades administrativas falla en su servicio.

Es en este planteamiento donde la argumentación nueva y renovada tiene que auxiliar a la víctima en aras de reconocerle sus derechos fundamentales, una argumentación basada en la complejidad y en la fuerza de los argumentos que por sí mismo pueden cambiar la interpretación y tipificación de la teoría del daño en Colombia.

2.6.1 Regla decisional del Daño a la Salud La regla decisional establecida por el Consejo de Estado se puede establecer en los siguientes términos, si un ciudadano ha sufrido un daño antijurídico y tal accionar es declarada al Estado, puede ser indemnizado solamente el afectado en esta categoría de daños en tanto pruebe que ha sufrido una afectación *sico – física* y tal estado debe probarse con la prueba médico legal y la valoración que haga el juez de la situación particular de la víctima.

De otra parte, el Juez contencioso establece la tasación teniendo en cuenta un aspecto objetivo del daño y otro dinámico, pero que en todo caso no puede superar el tope de los 400 salarios mínimo mensuales legales vigentes.

Otro aspecto de la regla consiste en que si la persona fallece, el daño a la salud muerte con la víctima, nada se puede indemnizar ante el hecho de la muerte, ante este estado de complitud, por ejemplo los familiares de la víctima no puede recibir indemnización alguna.

Conclusión

A lo largo del capítulo se quiso evidenciar que la cuestión de la responsabilidad del Estado se puede tratar como un asunto sistemático compuesto por principios,

como por ejemplo el daño, la imputación, el nexo de causalidad, el tipo de perjuicio a reclamar, etc.

Se estableció que dentro de la tipología de daños en Colombia se ha configurado últimamente el daño a la salud que sintetiza el daño inmaterial diferente al daño moral y a los daños constitucionales.

3. TEORÍAS DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y EL DAÑO A LA SALUD EN COLOMBIA

3.1 INTRODUCCIÓN

En el primer capítulo se estableció el sistema de responsabilidad extracontractual administrativa en Colombia y sus elementos constitutivos, evidenciando con ello, el lugar correspondiente al daño a la salud en el sistema de responsabilidad.

Igualmente, en ese primer abordaje temático, se estableció la regla decisoria elaborada por el Consejo de Estado en la jurisprudencia respectiva a fin de ser aplicada por el juez de menor jerarquía, cuando tenga que tasar el daño inmaterial que ha afectado la esfera sicofísica del sujeto.

La regla se sintetiza así: cuando la esfera sicofísica de un sujeto se afecte como consecuencia del daño antijurídico, el juez contencioso administrativo en Colombia, sólo puede reconocer la indemnización por concepto de daño inmaterial a la salud diferente al moral y al constitucional, hasta por un monto máximo de 400 s.m.m.l.v.

Tal indemnización está soportada por dos criterios: objetivo y subjetivo. El primero se edifica con la prueba médico científico que determine el porcentaje de pérdida laboral de la víctima; el segundo se determina teniendo en cuenta las circunstancias particulares del sujeto que ha sufrido las consecuencias del daño antijurídico.

Ahora bien, en el segundo criterio, el juez es auxiliado por su *arbitrio juris*, es decir, aquí cuenta cierto margen de discrecionalidad para determinar el monto de la indemnización, que en todo caso nunca podrá exceder los salarios establecidos.

Teniendo de presente estos postulados, el presente capítulo girará en torno a aquellas teorías que se han ocupado de la decisión judicial, las cuales pueden ser entendidas como los criterios hermenéuticos implementados por un juez, en el presente caso administrativo, al momento de decidir un caso judicial.

Además, se pretende hacer la relación de la teoría específica con los componente del daño a la salud como objeto central de la presente investigación, a fin de ir estableciendo o delineando aquellos criterios que permitan tomar una decisión en uno u otro sentido a un juez cuando se enfrenta a un caso concreto, como la víctima de una daño antijurídico que ha visto afectada la esfera sicofísica de su ser por la acción u omisión de una autoridad administrativa.

No se busca en el presente capítulo hacer una presentación exhaustiva de las diferentes teorías o corrientes o filosóficas que se han ocupado de teorizar la decisión judicial. Se quiere hacer una presentación de los postulados generales de dichos paradigmas interpretativos que sirvan como fundamento al juez administrativo al momento de sustentar su decisión en relación al daño a la salud y así preparar el terreno en el cual se desarrollará el tercer capítulo, y poder intentar determinar aquella visión teórica que fundamente racionalmente una decisión judicial compadecida de la víctima del daño antijurídico.

3.2 LA DECISIÓN JUDICIAL

La teoría de la decisión judicial se aborda desde muchas escuelas interpretativas. Para la presente investigación se hará referencia por un lado a las tendencias

positivistas, las cuales dimensionan y conciben a los jueces como la boca de la ley e imperando un formalismo acérrimo y sagrado. Por otro lado se reseñan visiones antipositivistas, donde el juez tiene un papel activo en la construcción razonada del argumento. Igualmente, se acudirá a una escuela intermedia, denominada realismo jurídico, la cual recoge aspectos de las dos anteriores y cuyo máximo representante es Ricardo Guastini.

Por teoría de la decisión judicial se entienden los postulados teóricos establecidos por filósofos del derecho o pensadores de lo jurídico, quienes indican a los jueces una cierta metodología jurídica para resolver un caso concreto.

Algunos pensadores dirán que los jueces se enfrentan a casos fáciles, y que su actividad se reduce a subsumir ciertas reglas a ciertos hechos. Otros por el contrario admitirán la existencia de casos difíciles, donde no bastan las reglas, sino que además deben encontrar otros parámetros para soportar la decisión.

En fin, ante la existencia de un caso fácil es suficiente el silogismo deductivo representado en la ley o en una regla elaborada por un juez del pasado como expresión máxima de la racionalidad para la solución que se espera; cuando se enfrenta un caso difícil, la ley o regla como única solución y sinónimo de lo racional, absoluto y cierto, es desbordada y se hace necesario implementar otra clase de criterios orientadores a fin de justificar la decisión y el impacto de esta en el mundo de los hombres.

Los jueces deciden, adjudican derecho, unas veces lo hacen orientados por reglas fijas, como es el caso del daño a la salud amparados en el arbitrio juris que a la vez debe sustentarse en la sana crítica y las reglas de la experiencia, limitados a un tope económico, y que constituye una decisión judicial cerrada y estática que no puede desbordar tales parámetros establecidos por el Consejo de Estado, en el cual y solamente se pueden aplicar la prueba científica que determina el aspecto

objetivo y las circunstancias de cada víctima que configura el aspecto subjetivo elaborado por el arbitrio juris, pero que en realidad amarra al juez en una suma económica. Otras veces puede recurrir a métodos o procesos para aplicar su razonar.

El juez contencioso administrativo colombiano desde diferentes paradigmas interpretativos, puede justificar su decisión en la tasación del daño a la salud, puede como sinónimo libertad y razonamiento crear reglas aplicando ciertos procedimientos o metodologías jurídicas, teniendo en cuenta el caso y sus particularidades.

Sin embargo sucede lo contrario, el juez de menor jerarquía en la jurisdicción de lo contencioso administrativo está sujeto y debe aplicar las reglas fijadas por el órgano de cierre en la tasación del daño a la salud.

Este proceder contraría la libertad de raciocinio del juez, pues si bien es cierto que tales reglas hacen parte del ordenamiento jurídico vigente, no es menos cierto que, desde esta perspectiva al juez le es prohibido construir parámetros interpretativos que pueden ir más allá de los establecidos e impuestos por el órgano de cierre de lo administrativo. El juez teniendo como centro los derechos fundamentales de los asociados, puede interpretar y construir su decisión diferenciada.

Es así, como seguidamente se abordaran diferentes paradigmas interpretativos que permiten al juez, en el presente caso administrativo argumentar una decisión judicial con reglas diferentes a lo pretendido por el Consejo de Estado, no por capricho del juzgador sino que viendo otras posibilidades de interpretación se puede ver favorecido los derechos de los asociados y no buscar a toda costa, reducir con su interpretación el monto indemnizatorio del daño a la salud en Colombia.

3.3. PARADIGMAS INTERPRETATIVOS

3.3.1. H.L.A. Hart H.L.A.Hart en su texto *Concepto de Derecho* publicado en 1961, plantea la cuestión de casos fáciles y difíciles existentes en el derecho. Ante los primero el juez no interpreta, solo aplica, ante los segundo el juez tiene discrecionalidad para elegir la regla decisional que al menos permita alejar la incertidumbre del mismo.

Al plantear el paradigma interpretativo en los términos de casos fáciles, afirma que (1961: 158) habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a lo que las expresiones generales son claramente aplicables. (“Es ineludible que un automóvil es un vehículo”).

En este estado de cosas el intérprete no debe hacer ningún esfuerzo, pues al existir una regla general y un caso conocido, lo máximo que debe hacer es aplicar aquella al supuesto fáctico y así tendrá la solución.

Para Hart, es sinónimo de caso fácil, un caso claro, y éste *no necesita interpretación*, pues *el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”*. En la cuestión planteada, los casos claros son aquellos casos *familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios*.

En los casos claros o fáciles, se puede afirmar que no existe ninguna posibilidad de interpretación ni mucho menos de argumentación por parte del juez, su misión es aplicar a subsumir reglas en casos familiares.

Sin embargo la cosa no termina ahí. Hart, en su modelo interpretativo hace alusión a los casos difíciles, en los cuales el juez sí que debe interpretar, pues

se encuentra en lo que se conoce como la *textura abierta, zona marginal o indeterminación* del derecho.

Para Hart (1961: 158)... *Habrá también casos frente a los que no resulta claro... si se le pueden aplicar las expresiones generales como: (“La palabra “vehículo”, tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines”?* Esta clase de casos *son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que les faltan otras.*

Ahora bien, *los cánones de “interpretación” no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación. (1961: 158).*

En la actividad judicial el juez se encuentra a diario con estas dos cuestiones. Por un lado los casos obvios que no necesitan interpretación, y por otro lado los casos difíciles que ameritan interpretación mediante la aplicación de ciertos cánones – *la legislación – precedente-* que reducen la incertidumbre, pero que en todo caso no reducen la indeterminación, sino que facilitan al juez ejercer su *discrecionalidad*, ante la indeterminación o textura abierta del derecho.

Ante esto, no es que exista una solución al caso difícil, lo que hace el juez es sopesar el asunto y plantear una solución razonada que sea aceptada y que se aleja de la zona marginal a sabiendas que los materiales usados por él, están sujetos a interpretación.

Pérez Jaraba (2010) afirma que Hart concibe el derecho como un conjunto de reglas complejas, denominadas reglas primarias y reglas secundarias, que le dan validez al sistema jurídico, pero en sede de decisión judicial, cuando no existe

regla aplicable al caso, el juez haciendo uso de la prudencia y la discrecionalidad que lo caracteriza en este paradigma, creará la regla como un legislador para justificar su decisión.

La teoría jurídica de Hart en relación con el concepto de derecho y la discrecionalidad del juez al momento de decidir, cuando por ejemplo, el ordenamiento jurídico no presenta una regla o simplemente el caso es difícil, el juez está habilitado para construir la regla que solucione la controversia, a través del razonamiento.

Cesar Rodríguez en la presentación que hace de la teoría de la decisión judicial (2008: 34) indica que:

Hart sostiene que debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que considere más apropiada. Cuando la regla aplicable es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada.

Es decir, el juez es un legislador o colegislador, es ambos casos se ve amparado en los vacíos o lagunas del ordenamiento jurídico y por tanto abocado a construir una regla que le de sustento a la decisión que va a tomar y presentar a la comunidad. Desde este pensador, tal actividad se ve amparada por lo denominado “las penumbras del derecho”.

Para entender un poco la cuestión, la labor entorno a la decisión judicial se debe distinguir los casos fáciles donde el juez no tiene ninguna complicación a la hora

de aplicar el derecho, pues hay completo acuerdo sobre la solución que el juez debe dar al caso en concreto.

Pero también existen casos difíciles. Estos por el contrario se constituyen en la zona de penumbra del derecho y allí es donde se presenta o tiene lugar la discrecionalidad del juez, pues éste al sentirse sin regla para solucionar la incertidumbre jurídica asume la posición de legislador para el caso, mediado por la *analogía juris*.

En la perspectiva de la teorización de los casos fáciles y casos difíciles puede deslumbrarse o presentarse otra cuestión un poco más menos desarrollada por la academia, lo cual consiste en lo que se ha denominado como los casos *trágicos*⁵.

A los primeros de estos, como se ha afirmado, les basta la aplicación de lo contemplado en la norma positiva que está construida desde la perspectiva del silogismo deductivo, para llegar a una solución que es buena para “todos”, pues representa la más alta racionalidad de la sociedad y en donde el juez se convierte en la *boca o pico de la ley*, sin ninguna posibilidad de razonar o argumentar. Esta es una actitud cómoda para el juez, o también una actitud moral contrario a una actitud ética y de fundamentación en relación a presentar la mejor decisión y es a la vez un estado de confort para el abogado que se ve privado del uso de su razón en el tema de argumentar su discurso jurídico.

Por el contrario, los casos difíciles escapan a la lógica deductiva, y para la solución, además de la aplicación de la norma se deben emplear principios que permitan llegar a una decisión razonada. Para Vázquez (2007) “en la

⁵ Para Socorro Vázquez (2007) además de los casos *fáciles y difíciles* que han sido estudiados ampliamente por la teoría jurídica, como es el caso de los filósofos del derecho como Atienza, Alexis y Dworkin, se hacen presente los casos *trágicos*. Esta es una visión contemporánea que ha tomado fuerza en el pensamiento de quienes en términos generales la decisión y la carga argumentativa varía si se está frente a uno de los casos en mención.

argumentación de esos casos difíciles, entran en juego razones morales y políticas, que permiten elaborar la sentencia...”⁶

3.3.2. R. Dworkin En una perspectiva diferente a la Hartiana, Dworkin no concibe el derecho como mera expresión de las reglas, sino que además está constituido por principios (1986: 72-79) que en el momento de no existir reglas, el juez debe buscar un principio jurídico para aplicar al caso y construir la decisión que no es sinónimo de discrecionalidad, pues desde esta teorización, conocida con el nombre de la *respuesta única*, se evita la discrecionalidad del juez, con que se cuenta en el pensamiento de Hart.

En este paradigma el juzgador no crea derecho desde la perspectiva positiva, su gran habilidad está en encontrar la respuesta utilizando los diferentes elementos que estructuran el ordenamiento jurídico vigente a través de una metodología específica.

⁶ Pero finalmente están los casos *trágicos*, escenario en el cual no basta la lógica deductiva, ni los principios, es decir, la decisión que se tome siempre será mirada con cierto recelo por el auditorio, viendo la solución presentada carente de razones que la justifique suficientemente desde la perspectiva externas de las reglas o cánones utilizadas y que a la vez cumplan con el requisito de saturación para zanjar la problematidad establecida. En esta línea de argumentativa y mirando el pensamiento o la teorización de Vázquez (2007) sobre tales casos, “no es posible tomar una decisión que no vulnere algún principio o valor fundamental del sistema”. Un ejemplo de caso trágico puede verse reflejado en la discusión dada al interior de la Corte Constitucional al momento de argumentar y decidir sobre el tema de la eutanasia en Colombia. ¿La decisión acogida es representativa del sentir de los colombianos? La sentencia 239 de 1997 es un caso trágico. El magistrado ponente resuelve la cuestión extrayendo o construyendo la regla al caso directamente de la constitución de 1991 basado en principios constitucionales como *la vida como derecho relativo, el estado no interventor en el fuero de las decisiones del sujeto, el libre desarrollo de la personalidad, la solidaridad, entre otros*. En el intercambio de argumentos, los magistrados disidentes a la regla establecida, alegan el hecho que de la constitución política de 1991, no se pueden extraer directamente reglas constitucionales para dar solución al caso, que la cuestión hay que someterla a una amplia discusión en el congreso como órgano competente, que la corte se extralimitó, que la vida es “sagrada”, que el estado debe defenderla y no propender por la muerte otorgan licencias para asesinar, entre otras cosas. Una de las posiciones, específicamente la del magistrado Cifuentes, no comparte la decisión de la mayoría porque de los argumentos se debe llegar a una conclusión diferente a la plasmada en la parte resolutive de la sentencia, es decir los argumentos sólo dan para establecer cuando el enfermo terminal puede solicitar la eutanasia pero no *la justificación del médico para terminar con la vida del paciente. Esta es una labor del congreso*. Se aclara que el magistrado expone otras inconformidades, pero para el objeto del trabajo, lo plasmado es suficiente, se pretende mirar un poco la lógica deductiva o silogística. Se aclara también que este aspecto debe estar acompañada de la argumentación compleja.

Dworkin concibe el juez como un hércules que debe mirar o concebir el derecho como integralidad y por tanto, tomar una decisión con fundamento en las reglas de derecho positivo si existen al momento de decidir y si por el contrario el ordenamiento jurídico adolece de las mismas, debe tener en cuenta principios morales y directrices políticas, pues un juez debe tener la capacidad de decir a un en ausencia de derecho positivo.

El juez Hércules está llamado a realizar un ejercicio de reconstrucción del derecho para hallar la respuesta correcta, la respuesta que decide un caso difícil por ausencia de derecho pero que para el futuro se convierte en un caso fácil porque se cuenta con una regla, la cual puede tener y tiene el nominativo de *precedente*.

Aún en los casos difíciles, advierte Dworkin, (2008: 146 ss.) *no deja de ser deber del juez, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos*. El juez es un descubridor de lo existente, no un creador de derecho, pues la respuesta a los casos, aún difícil existe, el juez no tiene discrecionalidad, debe ser juicioso y metódico a fin decidir de acuerdo a un sistema que lo tiene todo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que para Dworkin el derecho es interpretación, esta labor se lleva a cabo en tres fases, a fin de encontrar la respuesta correcta. La primera conocida con el nombre de fase preinterpretativa, donde el juez presente a la comunidad jurídica las reglas y principios que son reconocidas por estos. La segunda fase se denomina interpretativa donde se justifican los elementos encontrados en la primera fase. La tercera fase con el apelativo de posinterpretativa donde se busca corregir las prácticas jurídicas vigentes⁷.

⁷ En la última fase puede pensarse que Robert Alexy se asemeja a Dworkin con su teoría de la pretensión de la corrección que justifica la tesis del caso especial del discurso práctico general racional, y también a la teoría consecuencialista de las decisiones judiciales defendida por Neil Maccormck.

Esta filosofía la expone Dworkin en su texto *el imperio de la justicia* (1986 o 2008: 57), en el cual afirma que en la primera fase de su método *se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica*. En este primer momento el juez identifica el material que posteriormente justificará, es el punto en el cual identifica el soporte de la decisión.

En la segunda etapa *el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa* (58). En esta, el intérprete no inventa algo novedoso, él simplemente debe verse como un intérprete de lo existente, sin añadir más que el sentido de lo hallado.

Por último se tiene la etapa post interpretativa o reformadora, *donde ajusta su sentido sobre qué necesita en "realidad" la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa* (58).

Se debe encontrar la práctica, justificarla y por último que se hace indispensable para que se adecue a la hallado y justificado, sin que signifique con ello la invención de una nueva práctica, sino que lo justificado determina el cambio.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que Dworkin (1986), cuenta con un juez llamado Hércules, el cual bajo las tres etapas de la interpretación, deja ver su alto nivel de racional, que a modo de un artista "crea" su mejor obra frente a un caso desconocido por el derecho.

Por ejemplo González M. Antonio (1999/2000: 56-67) haciendo alusión a Dworkin se detiene en la inteligencia de las fases de método constructivo y afirma que:

Para Dworkin, se interpreta en el campo científico y en una conversación. El autor anglosajón emplea la categoría de interpretación reconstructiva. En el arte y en las prácticas sociales se

lleva cabo una interpretación constructiva. Esta categoría supone mucho más que indagar acerca de la intención del autor, de los propósitos empíricos de la obra de arte. El buen intérprete es el que muestra desde la mejor perspectiva la artisticidad de la obra. En cuanto al modelo general de interpretación Dworkin aboga por un modelo de tipo constructivo. Esto implica el esfuerzo que debe hacer el intérprete para mostrar de la mejor manera posible el caso en cuestión. Esta idea se asemeja a la de la hermenéutica en el sentido que el sujeto posee con anterioridad su punto de vista interno, simpatético, una perspectiva particular desde la cual aborda la tarea de la interpretación. El derecho es escrito en cadena, es una obra colectiva. El margen de maniobra para interpretación es amplia, pero al desarrollar el derecho se debe procurar mantener cierta coherencia con lo existente en la ley y con el futuro de la misma, en el sentido de representar de manera correcta los valores que persigue una legislación para una sociedad justa. En las prácticas sociales se asume una actitud interpretativa que reconoce las normas y su vigencia y que les atribuye un sentido, un valor. En la evolución de las normas debe observarse de qué manera se mantiene el sentido de la ley. La interpretación en las prácticas sociales se caracteriza también en tres etapas: a) Preinterpretativa, instancia en la que se examinan los materiales. Es una fase descriptiva pero que implica algo de interpretación. Ocurre un evento similar al de la preconcepción, del preconocimiento, dentro de la concepción hermenéutica. Aquí se trata de identificar los materiales jurídicos. La teoría de Hart, por ejemplo, se centra en este aspecto. b) La etapa interpretativa. El intérprete debe poseer una teoría, que le garantice la mejor manera de abordar el material jurídico. Lo fundamental aquí es la noción de coherencia e integridad. c) La Postinterpretativa o reformadora consiste en que una vez

*identificado el valor, mostrar su objeto, de la mejor manera posible.
Esto en los casos difíciles implica la modificación de la práctica.*

Estos postulados se evidencian en la teoría de los principios. Éste propende que ante la ausencia de una regla que subsuma un caso nuevo o difícil, el juez debe comportarse como el mejor de los artista en el sentido de presentar la mejor obra al mismo tiempo que se diferencia de él en cuanto no crea derecho sino que del ordenamiento jurídico extrae la regla, tiene el talento necesario para hallar lo que no es tan evidente.

Lo evidenciado en relación al rol del juez y la decisión a adoptar en un caso complejo o difícil en este paradigma interpretativo, es la puesta en movimiento de lo que señala Rodríguez S. (2009: 69-78) con el nombre de racionalidad, interpretación y argumentación:

La racionalidad la hace realidad el juez cuando utiliza un método o ejecuta una serie de etapas que lo conducen a establecer el sentido de aquello que tiene que resolver y como lo presenta a través de una serie de reglas, cánones o argumentos que sustentan su actuación, que a la vez tiene la posibilidad de modificado o remplazado.

Para Dworkin el juez no es ningún legislador, sino que teniendo los súper poderes de un figura mitológica llamada Hércules, extrae una regla para decir un caso difícil que no es posible subsumir en las regla establecidas por el legislador, pero que si se pueden rastrear desde el ordenamiento jurídico vigente, como sería el caso de los principios, llamados estándares, que fundamentan una decisión judicial sin que el juez invado o asuma posiciones legislativas.

Cesar Rodríguez (2008: 35), haciendo referencia al pensamiento Dworkiniano afirma que desde este paradigma:

Las partes en un proceso tienen derecho a obtener una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente; este derecho opera tanto en los casos fáciles como en los difíciles y, por tanto, los jueces no gozan de discrecionalidad ni de poderes excepcionales de creación de normas jurídicas.

En estas condiciones un juez es un pensador del derecho, no un legislador, es una persona muy juicioso que mirando lo existente jurídicamente, extrae una regla, no la crea, pues la regla está dispersa en el ordenamiento jurídico y lo que debe hacer es reconstruirla mediante una metodología jurídica desarrollada en los tres momentos expuestos, como base de una concepción integral del derecho.

Concebir el derecho como interpretación o integralidad es asumido por Dworkin de la siguiente forma, donde en una primera fase “el intérprete identifica las reglas y principios que hacen parte de esa práctica (2008: 56-58)” y el criterio de identificación es la aceptación por parte de la comunidad jurídica de tales reglas y principios.

3.3.3. Robert Alexy La idea que esboza este autor en su teoría estándar de la argumentación consiste en presentarla como una *metodología jurídica* para soslayar la imposibilidad que hoy se presenta en el derecho y que consiste en que las decisiones jurídicas no les basta *la subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente*. (2007: 27).

Hoy es necesario construir y establece reglas o cánones desde la racionalidad dialógica y lingüísticas que suponen seres racionales para dirimir sus controversias jurídicas, que las acepten y se rigen mientras no se modifique, por ellos.

En el paradigma de Robert Alexy (2007), se le muestra al juez un camino denominado *caso especial* que supone las reglas del discurso práctico general racional, desde una visión discursiva.

El autor construye su teoría teniendo en cuenta corrientes éticas como el emotivismo de Stevenson, la escuela analítica del lenguaje con autores como L. Wittgenstein, Austin, Toulmin, Hare, Baier, la escuela de Ehrlich, Habermas, y Perelman. (2007: 65- 292)

De todo el arsenal teórico Alexy asume la forma como estas corrientes básicamente construyen las reglas para fundamentar las decisiones éticas, morales y políticas y que pueden ser asumidas o implementadas por el juez en su proceso de justificación o fundamentación de la decisión desde una perspectiva interna o externa que conlleva la pretensión de corrección (2007: 305).

En este paradigma se argumenta por (2007: 28), la *vaguedad del lenguaje jurídico*, la *posibilidad del conflicto entre normas* que regulan la materia o el caso, la *inexistencia de regulación vigente a un caso actual* y cuarto porque sencillamente la norma que existe no colma las expectativas del interprete en cuanto puede estar vulnerando la constitución y se ve legitimado a decidir a un *contra de la norma vigente*.

En esta metodología primeramente se debe establecer una justificación interna consistente en mostrar la estructura analítica de los argumentos, es decir que estén bien contruidos. En un segundo momento se estructura la justificación externa. Atienza (2003) denota que en la justificación interna solo se mira la estructura analítica de la premisa, en la justificación externa, se debe justificar la decisión para que sea aceptada.

Alexy pretende con la teoría del discurso especial vinculante brindar una serie de herramientas racionales para que el juez a través de lo que el teórico llama argumentos, reglas o cánones, justifique externamente la decisión judicial.

En consecuencia en este paradigma interpretativo, el juez tiene al igual que el de Dworkin una visión integral del derecho, pues cuenta no solamente con la ley, sino que puede utilizar la dogmática, el precedente, cánones especiales de interpretación, entre otros.

En este paradigma el juez pretende corregir las premisas del discurso general implementado ciertos límites, es decir, las reglas del discurso jurídico limitan, además que se presenta la cuestión de la justificación interna y externa.

Al respecto, es pertinente y esclarecedora la afirmación de Alexy en los términos siguientes:

La explicación del concepto de argumentación jurídica racional tiene lugar en esta investigación mediante la descripción de una serie de reglas a seguir y de formas que debe adoptar la argumentación para satisfacer la pretensión que en ella se plantea. Si una discusión se corresponde con estas reglas y formas, el resultado alcanzado en la misma puede designarse como 'correcto'. Las reglas y formas del discurso jurídico constituyen por ello un criterio de corrección para las decisiones jurídicas. El valor de las reglas y formas del discurso jurídico no se limita a la explicación del concepto de argumentación jurídica racional (y, con ello, de pretensión de corrección) y a su función como criterio de corrección hipotético. Contienen al mismo tiempo exigencias sobre las argumentaciones que tienen lugar de hecho. En este sentido, constituye una medida con que pueden

contrastarse las limitaciones que son necesarias en la búsqueda de la decisión jurídica, por ejemplo, en el proceso. (Alexis 2007).

Este es un proceso de argumentación basado en reglas. Ahora, estas reglas surgen como resultado de un proceso hermenéutico que parte del sistema jurídico vigente, es decir, la regla es el producto de la interpretación, con una pretensión de corrección, que hace parte del discurso jurídico vinculante.

Es relevante establecer que para Alexy (2007: 44) la argumentación se concibe como una actividad *lingüística que se puede dar en la discusión científico – jurídico*. Tal actividad la concibe como *discurso práctico*, y es por ello que el discurso jurídico lo denomina como *caso especial del discurso práctico general*.

Recapitulando, Alexy plantea el proceso de la argumentación jurídica concretado en la justificación interna y una justificación externa de la decisión judicial. La primera tendiente a establecer si de los argumentos o premisas utilizados en el proceso de fundamentación se sigue lógicamente la conclusión que decide una cuestión, y la justificación externa tiene como finalidad corregir las premisas utilizadas en la justificación interna, es decir que se debe presentar si son válidos tales argumentos.

Por ejemplo, en la justificación externa según el autor Alemán (2007: 320 ss.), se dan 6 grupos de formas de argumentos y formas reglas, entre las que se tienen: 1. Reglas y formas de interpretación. 2. La argumentación dogmática. 3. El precedente. 4. La argumentación práctica general. 5. La argumentación empírica y 6. Formas especiales de argumentos jurídicos.

Ahora, estas formas de argumento o reglas establecidas por Alexy, se traducen según el autor, en la *ley, dogmática, precedente, razón, experiencia y las*

formas especiales de argumentos jurídicos, los cuales traducen en las técnicas de la fundamentación de las decisiones jurídicas externamente.

3.3.4. Neil Maccormick Al igual que la propuesta metodológica de Robert Alexy, esta es una teoría estándar de la argumentación jurídica, en la cual se pretende aclarar los límites de la argumentación lógica deductiva.

Al respecto, este autor (2011) plantea que argumentar es una actividad consistente en formular argumentos a favor o en contra de algo. En el campo de la fundamentación de las decisiones jurídicas, se argumenta teniendo en cuenta la regla hermenéutica elaborada por el juez desde los materiales jurídicos.

Ahora bien, como se afirmará, el campo de la argumentación se enmarca desde la racionalidad o la practicidad, desde lo verdadero o de lo que puede ser o no ser desestimado. Por ello el autor (2011) sostiene que:

En cuestiones puramente especulativas, se aducen argumentos a favor o en contra de una creencia sobre lo que se considera verdadero. En contextos prácticos, se aducen argumentos que pueden ser, o razones en contra o a favor de hacer algo, o razones para sostener una opinión sobre lo que debe, podría o puede hacerse.

Por lo anterior, Neil Maccormick, en su propuesta de razonamiento judicial trata de establecer la diferenciación entre una argumentación que puede ser llamada teórica y otra práctica. Sin embargo, el texto citado, se enmarca en la argumentación que tiene lugar desde la practicidad.

De la misma manera, es relevante establecer que el discurso contemporáneo sobre la fundamentación de las decisiones judiciales se enmarca en una razón práctica,

debido a la comprobación de un alto porcentaje de complejidad en las relaciones jurídicas de las sociedades y que la argumentación deductiva categóricamente es insuficiente para encontrar y sostener soluciones con pretensión de aceptabilidad por los ciudadanos.

Ahora bien, desde los presupuestos presentados por Atienza (2003: 107) el autor trata de integrar elementos deductivos con elementos materiales, es decir, se integran los postulados de la crítica de la razón pura con la crítica de la razón práctica, afirmando con ello, el ser una propuesta entre el ultrarracionalismo de Dworkin y la irracionalidad de Ross.

En esta propuesta la finalidad de la argumentación es la justificación aun cuando lo que se persiga sea la persuasión, pues se persuade, siempre y cuando los argumentos estén justificados, es decir, que la argumentación este acorde con los hechos establecidos y las norma vigentes.

Esto significa que la justicia de acuerdo al derecho se hace presente a través de un proceso racional don el juez pone de presente un contexto de descubrimiento y contexto de justificación.

Ahora bien, esta teoría es prescriptiva en cuanto utiliza elementos deductivos de primer nivel, y descriptiva en cuanto tiene en cuenta la subjetividad o interpretación de segundo nivel, es decir las hipótesis pueden ser falseables, por tener un profundo sentido de racionalidad y subjetividad que se van encontrando en el proceso argumentativo.

Este modelo puede denominarse como una teoría integradora de la argumentación jurídica, entendida como la implementación de argumentos deductivos y materiales en la justificación de las decisiones.

En algunos casos las justificaciones que realizan los jueces son de carácter estrictamente silogístico o deductivo, pero en otros eventos este es modelo es insuficientes, sin embargo el juez decide y debe justificar su decisión.

En un primer momento, la lógica se puede entender como técnica en cuanto a su deber ser, aun cuando en un segundo sentido, la decisión no alcance el grado de justicia que se espera. Una decisión cuando menos tienen que estar justificada internamente, ésta es independiente de la justificación externa, es decir, los argumentos deben estar bien contruidos, condición necesaria pero no suficiente para alcanzar la justicia.

Lo anterior pone de presente que la existencia de reglas del derecho objetivo que regulan la carga de la prueba, es una característica de la lógica deductiva para la justificación de las decisiones judiciales, una decisión tiene en cuenta la deducción expresada en la ley, pero no es suficiente.

Para lo anterior, Neil Macccornick establece unos presupuestos y límites del proceso argumentativo, enmarcado en lo que se hiciera mención en precedencia, los casos fáciles y los casos difíciles.

Dentro de los presupuesto, el juez debe aplicar las reglas del derecho válido, es decir identifica las reglas válidas, lo que implica aceptar que existen criterios de reconocimiento compartido por los jueces, que sería el contexto de los casos fáciles, donde principalmente el juez hace un proceso de adecuación de lo general a los hechos controvertido y se obtiene un decisión justificada internamente, aunque no se sabe si lo será externamente.

Pero además de aquellos casos y presupuesto de la aplicación deductiva, existen unos límites donde las premisas normativas o fácticas pueden plantear problemas, que se enmarcan en lo famosos casos difíciles.

Ahora bien, Neil Maccornick aborde la cuestión de los casos difíciles planteando cuatro problemas que a continuación se exponen, teniendo como guía la presentación que hace Manuel Atienza (2003: 112-114), así:

- a) Problemas de Interpretación: No hay duda de cuál sea la norma aplicable para admitir más de una lectura.
- b) Problemas de Relevancia: Plantea una cuestión previa a la interpretación, no de cómo interpretar, *sino si existe tal norma aplicable al caso*, (sino existe se recurre al precedente).
- c) Problemas de Prueba: se refieren al establecimiento de la premisa menor. (p): Probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir, de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado. esto no es una prueba de verdad sino **un test de coherencia**, el hecho de que todas las piezas de la historia parecen ajustarse bien (y que no se ha vulnerado ninguna regla procesal de la valoración de la prueba).
- d) Problemas de calificación o de hechos secundarios: se plantean cuando no existe duda sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma. (se plantea un divorcio porque la esposa ha cometido adulterio pues ha dado a luz un hijo después de 11 meses sin tener relaciones sexuales con el esposo. La esposa aceptó esto último, pero negó que se tratara de un supuesto adulterio, pues el hijo había sido concebido utilizando técnicas de reproducción artificial).

Los problemas *a* y *d* son lógicamente equivalentes, pero hay razones de tipo procesal (cuestiones de derecho y de hecho) para mantener la diferencia. El recurso de apelación es de derecho y por tanto interpretativo. Si es un problema

de calificación, esto es, un problema fáctico, ello quiere decir que, de cara al futuro, la decisión que se haya tomado al respecto no tiene valor de precedente.

Ahora bien, cuando no es suficiente el modelo deductivo, o mejor, cuando el caso tiene la característica de ser difícil, la justificación requiere del principio de universalidad, pues en el estado de cosas la justificación deductiva es superada. ¿Qué significa argumentar jurídicamente cuando no basta la justificación deductiva?

Significa que la decisión debe cumplir con el requisito de universalidad, que ésta debe tener sentido en relación con el sistema y con el mundo, es decir que cumpla con el requisito de consistencia y coherencia y que el argumento decisivo es consecuencialista.

Lo anterior se enmarca de la teoría de los casos difíciles donde justificar tiene un sentido o significado cuando se evidencian los anteriores postulados:

- a) Cumplir con el requisito de universalidad: Este está implícito en la justificación deductiva, se debe acudir a una norma general o aun principio (premisa mayor del silogismo judicial), que en el pensamiento de Toulmin se denomina garantía o Warrant.

Universalidad no quiere decir generalidad, una norma puede ser más específica que otra, pero ser igualmente universal, pues la universalidad es un requisito de tipo lógico, que no tienen que ver con que una norma sea más o menos específica.

En este principio de universalidad se edifica la justificación de primer nivel o interna, dando paso a la justificación externa que se construye en cuanto a la decisión tenga relación con el sistema y con el mundo.

b) La decisión en cuestión debe tener relación con el sistema y cumplir los requisitos de consistencia y coherencia.

Las decisiones jurídicas tienen que tener sentido en relación con *el sistema jurídico de que se trate y el mundo*, pues en este último se reflejan las consecuencias de las decisiones. La elección de una u otra justificación es una cuestión abierta que implica subjetividad pero también lleva o refiere objetividad a la hora de preferir una u otra *norma* o elegir ciertas consecuencias jurídicas.

Ahora bien, la decisión tiene sentido con el sistema cuando satisface los requisitos de coherencia y consistencia. Se satisface este requisito cuando la decisión se *basa* en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas y que las proposiciones del pasado no se contradigan con las afirmaciones verdaderas del presente.

El requisito de consistencia puede entenderse desde la obligación que tienen los jueces de no infringir el derecho vigente y la obligación de ajustarse a la realidad en materia probatoria.

La consistencia no es siempre una condición necesaria para la coherencia: mientras que la coherencia es una cuestión de grado, aquella es una propiedad que se da o no se da. Un texto puede ser coherente en su conjunto aunque con alguna inconsistencia interna.

En cuanto a la coherencia de la justificación hay que distinguir entre narrativa y normativa:

- **Coherencia Normativa:** Una serie de normas o una norma, es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o valores que, a su vez, resulten aceptables en el sentido que configuren una forma de vida

satisfactoria. La coherencia normativa es un mecanismo de justificación, porque presupone la idea de que el derecho es una empresa racional; porque está de acuerdo con la idea de universalidad, al considerar las normas no aisladamente, sino como conjunto dotadas de sentido; porque promueve la certeza del derecho.

- Coherencia Narrativa: suministra un test en relación con cuestiones de hecho cuando no cabe una prueba directa, por observación inmediata, de las mismas. Este test admite que asumamos un tipo de creencias y rechazemos otras, en relación con hechos del pasado, porque consideramos al mundo fenoménico como algo explicable en términos de principios de tipo racional. Pero la justificación aquí es provisional, los términos explicativo del mundo son variables

La coherencia narrativa justifica creencias sobre un mundo que es independiente de nuestras creencias sobre él; en la creencia normativa no hay porque pensar en la existencia de alguna verdad última, objetiva, e independiente de los hombres. En definitiva, la coherencia es siempre una cuestión de racionalidad, pero no siempre una cuestión de verdad.

En la idea de coherencia normativa se basan dos argumentos importantes en la resolución de casos difíciles:

- Argumentos a partir de principios: Se caracterizan por ser norma generales, lo que hacen que cumplan una función explicativa (Aclaran en sentido de una o conjunto de normas), y tienen valor positivo, lo que hacen que tengan una función de justificación (si una norma puede subsumirse bajo un principio, ello significa que es valiosa).

Diferencia entre reglas y principios: Las reglas tienden a asegurar un fin valioso o algún modelo general de conducta deseable; los principios expresan el fin

por alcanzar o la deseabilidad del modelo general de conducta. Los principios son necesarios para justificar una decisión de un caso difícil pero deferente si fuera fundada en una norma obligatoria. Los principios dependen de valoraciones y suministran una justificación en ausencia de otras consideraciones que jueguen un sentido contrario.

- Argumentos por analogía: poseen igualmente el carácter de inconcluyente. Argumentar por principios o por analogía no son cuestiones muy diferentes. La analogía no sería más que un supuesto de uso no explícito de principios. La analogía presupone la coherencia del derecho, implica un momento valorativo, pues la semejanza entre los casos no se encuentran sino que se construye, se sustentan en razones de principios. Sin embargo hay dos usos distintos del argumento por analogía, según se trate de un problema de relevancia o de un problema de interpretación. (2003: 120).

- c) Que la decisión en cuestión tenga relación con el mundo. La decisión es un argumento consecuencialista, ejerce efectos sobre el mundo.

Los efectos de la decisión en el mundo, es un aspecto relevante dentro del paradigma de Maccormick. Aquella debe tener sentido no sólo con el sistema, sino también con el mundo. La argumentación jurídica dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia, es esencialmente consecuencialista.

Aunque M. aduce que en la justificación de una decisión de los casos difíciles, lo que se produce es una interacción entre argumentos a partir de principios (incluyendo la analogía) y argumentos consecuencialistas, lo decisivo son estos.

El resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir una norma válida; el resultado, podríamos decir, forma parte del propio concepto,

aunque una misma acción puede describirse como produciendo unos u otros resultados. Las consecuencias son los estados de cosas posteriores al resultado y conectados con él. Aquí existen consecuencias conectadas causalmente con el resultado y otras consecuencias remotas que ya no diríamos que están conectadas causalmente con la acción.

Los argumentos consecuencialista son hipotéticos pero no probabilísticos, este tipo de consecuencias las denominó M, consecuencias jurídicas. Estas se evalúan en relación con una serie de valores, como la justicia, el sentido común, el bien común, la conveniencia pública.

La concepción consecuencialista de M., puede resultar compatible con la idea de que para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones substantivas: razones finalistas: (Una decisión se justifica porque promueve cierto estado de cosas que se consideran valioso) y razones de corrección: (Una decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta otro objetivo ulterior).

Aunque los argumentos consecuencialistas sean los decisivos en un caso difícil, no son concluyentes, pues no se puede pretenderse que cada caso difícil tenga una única respuesta correcta.

Como se afirmara al iniciar la presentación de este paradigma, M. defiende una posición intermedia entre el irracionalismo de Ross y el ultrarracionalismo de Wdorkin. A él le interesa mostrar las diferencias con éste y hasta qué punto se justifica la crítica de Wdorkin a Hart, y en general al positivismo jurídico.

Por ejemplo, un juez en el pensamiento de N. Maccormick no goza de discrecionalidad en el sentido fuerte pues están limitados por los principios de universalidad, consistencia, coherencia, y aceptabilidad de las consecuencias. Los

jueces tienen la autoridad para decidir casos de forma definitiva pero no para decir qué constituye una buena razón en favor de la decisión. Una decisión puede estar no justificada aunque contra ella no quepa recurso alguno.

Por ejemplo, Dworkin parece suponer que sólo existen desacuerdos de tipo teórico y no de tipo práctico, pues el Juez hércules utilizando la razón ignora el mundo subjetivo en que existe y los efectos de la acción

En el derecho no solamente existen problemas prácticos reales, sino que además existe la obligación de tomar una decisión, y los límites de ésta están marcados por la racionalidad práctica, pero la razón práctica tiene sus límites.

La exigencia más fundamental de la racionalidad práctica es que a favor de una acción práctica debe darse algún tipo de razón, sea valorativa o finalista. En la racionalidad práctica hay una dimensión de temporalidad en el sentido de que la racionalidad de una acción particular está condicionada por su pertinencia a un modelo de actividad a lo largo del tiempo.

De la racionalidad práctica forma parte como una racionalidad subjetiva en relación con las creencias subyacentes a la acción (si haga A para lograr x, tengo que creer que A es apropiado para X), como una racionalidad objetiva (esa creencia tiene, además, que estar justificada en el mundo objetivo).

Entre las razones que se dan a favor de una acción puede haber conflictos, y ello hace que deban existir también razones de segundo orden que implique principios cuya validez se extiende a lo largo de momentos diferentes y que sean aplicables imparcialmente a diferentes agentes y casos.

El tipo más simple de razón para hacer algo es el deseo de hacerlo para obtener alguna satisfacción (Digamos una razón finalista), pero esas finalidades son más

bien no racionales y tienen que ordenarse con arreglo a principios que establecen gradaciones de fines o que excluyen ciertas finalidades como incorrectas.

Al final de un proceso de generalización, llegamos a la construcción de una serie de valores o bienes permanentes donde ya no tiene sentido distinguir entre racionalidad conforme a fines o conforme a valores; o, dicho de otra forma, se trataría simplemente de dos aspectos de una misma realidad compleja.

Precisamente, la propia racionalidad es uno de esos valores permanentes; pero se trata de una **virtud técnica** (se manifiesta en la adecuación de los medios a los fines y en la sistematización de principios para elegir entre razones en conflicto consistente y coherente) y **limitada**, en el doble sentido de que no cabe pretender que exista “un único sistema de principios prácticos y valores que sea, frente a todos los demás, suprema y perfectamente racional”, y de que no se puede justificar racionalmente una opción entre principios y sistemas de vida basándose sólo en la racionalidad. Para ser agentes racionales, necesitamos otras virtudes además de la racionalidad, como buen juicio, altura de miras, justicia, humanidad y compasión.

No hay que pensar que los límites de la racionalidad, absolutos y demostrables a priori, pero sí que parece que para descubrir las razones últimas siempre tendremos que recurrir a otras virtudes humanas aparte de la racionalidad.

De esta concepción de racionalidad se puede derivar la justificación de que existe un procedimiento jurídico racional que incluye la existencia de normas universales y consistentes, así como de jueces y legisladores.

Un procedimiento jurídico de este tipo integra un sistema de racionalidad con arreglo a valores en el sistema de un sentido de racionalidad de segundo orden

que suministra razones estables que excluyen actuar incluso según objetivos que parecían racional perseguir en el primer nivel.

Pero ningún tipo de procedimiento jurídico racional puede impedir que surjan conflictos de diversos tipos (problemas de calificación de interpretación.), que tendrían que resolverse según los criterios de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias.

Ahora bien, en algún estadio de la argumentación jurídica se llega a elecciones últimas (por ejemplo, entre criterios de justicia o bien de utilidad u oportunidad), a favor de las cuales se puede, desde luego dar razones, pero que no son ya razones concluyentes en cuanto que supone situarse en un nivel prerracional o extrarracional.

Por eso, quienes deben adoptar esas elecciones no deberían poseer únicamente la virtud de la racionalidad práctica, sino también otras cualidades, como buen juicio, perspicacia, sentido de la justicia, humanidad o valentía.

Un aspecto que bien puede utilizar el juez colombiano en la construcción de una regla es lo relacionado con la consecuencia o efectos de la sentencia en el mundo. Como se vio esto obedece también al sentido de justicia, aspiraciones y otros valores del juez que desde el principio de universalidad pueden ser argumentados y aceptados.

3.3.5. Duncan Kennedy En una visión intermedia entre Hart y Dworkin se encuentra el paradigma de Duncan Kennedy. En este paradigma el juez se siente libre pero a la vez esta libertad es restringida por los materiales que debe usar en el desarrollo de su labor. El juez no crea derecho pero puede reinventar con los elementos ofrecidos por el ordenamiento jurídico vigente.

Duncan Kennedy en su ensayo sobre *libertad y restricción en la decisión judicial* (2010: 122) presenta la interpretación a su propuesta:

El modelo de lo que significa “estar restringido en derecho” se resume (Kennedy: 2010: 122) en que la gente (yo como juez) quiere respaldar su preferencia por un resultado específico (en este caso “no debe expedirse una orden judicial restrictiva contra los trabajadores”) argumentando que su expedición “violaría la ley”. No extendería cómo este deseo de legalizar mi posición me restringe sin decir algo respecto a por qué, en últimas, quiero legalizar (presentar como ajustada a la ley) mi posición política.

Es una cuestión de querer armonizar las tendencias ideológicas y políticas del juez con los materiales jurídicos para que aquellas sean aceptadas y al mismo tiempo legalizadas con el objetivo de sentirse libre en la decisión.

Lo anterior tiene una explicación en las siguientes premisas: El juez está obligado a presentar un buen argumento jurídico como requisito del compromiso asumido en la toma de la decisión; El juez teme a la sanción si no presenta un buen argumento; El juez desea que su argumento prevalezca y no sea revocado por el tribunal; El juez involucrado en la argumentación le da forma a los resultados de los casos futuros, e influye en la percepción popular sobre qué tipo de propuestas son legítimas; todo eso hace parte del proyecto vital de ser un juez liberal y activista; al juez le interesa saber cómo se ve su posición ética desde la argumentación jurídica.

Aún, lo que se denota es un conflicto entre la ley como ese mundo objetivo y racional impositivo al juez, y las aspiraciones que tiene el juez, los deseos, aspiraciones y proyecciones de su mundo.

Ahora bien, la teoría de la adjudicación de Duncan Kennedy se presenta como una posición alternativa en la teoría de la decisión judicial, en relación a la teoría de Hart y la de Dworkin, pues comporta elementos marxistas y posmodernistas que inciden en la labor del juez, donde se le da prevaencia a la práctica social.

El punto de partida de la propuesta de Kennedy es un cambio de perspectiva, consistente en abandonar los referentes tradicionales de descripción y evaluación de la decisión judicial, para centrar toda la atención en la descripción de la experiencia personal del juez en caso concreto. Este movimiento a lo que acontece en la práctica (que es llamado “giro fenomenológico”), se aleja tanto de pretensión Hartiana de describir la adjudicación desde afuera (punto de vista externo) como del propósito dworkiniano de a la vez describir y evaluar la tarea del juez desde adentro (punto de vista interno descriptivo-prescriptivo). Contra estas perspectivas, Kennedy propone mirar la adjudicación desde un punto de vista interno realista. Esto significa que el único referente para hablar de la decisión judicial es la experiencia específica del juez, lo que excluye tanto la observación externa como la formulación de parámetros generales sobre lo que debería ser la adjudicación.”(César Rodríguez: 2008: 34).

En esta perspectiva el juez no está amarrado, lo importante en él es la sensación o experimentación de la libertad a la hora de decidir en el sentido de crear derecho, pero siendo conscientes que cuenta con una herramientas brindadas por el sistema jurídico que también lo limitan, el “juez es un artesano” que debe trabajar con ciertos materiales que se le ofrecen, siendo libre en el campo de la ingeniería jurídica, reinventando, pero usando lo a la mano.

Para Kennedy de acuerdo al estudio realizado por Cesar Rodríguez (2005: 70) la ideología forma parte esencial del discurso jurídico, en el entendido que además de la aplicación de argumentos deductivos o silogísticos, también el juez emplea argumentos no silogísticos, cuyo contenido y forma de aplicación son claramente ideológicos, cuestión que se ha vuelto cotidiano en la práctica de los jueces como de los abogados.

Kennedy sostiene que los argumentos deductivos y los no deductivos se pueden determinar argumentos de conveniencia pública a la hora de tomar una decisión concreta. Esta conveniencia es la que evidencia notoriamente la ideología jurídica, política o ética en una decisión judicial.

Pero concretamente la ideología se nota en los argumentos no silogísticos que se diferencian en cuanto, primero aquellos son insuficiente para tomar una decisión, segundo, se desea alcanzar un resultado, unos objetivos o proteger ciertos derechos que en los argumentos deductivos son desconocidos. Los argumentos deductivos privilegian el pasado, los no deductivos privilegian el futuro.

Ante de proseguir con esta presentación se firma que Kennedy puede estar desconociendo un elemento histórico del derecho, pues es imposible que se presenten soluciones a cuestiones que no se han dado en el momento.

Retomando la idea anterior, el tercer elemento que trasluce la ideología de las decisiones de un juez fundadas en argumentos no deductivos, es la ponderación de razones opuestas, no el silogismo. Por ejemplo, libertas vs. Igualdad; libertad de prensa e intimidad.

En materia del daño a la salud, por ejemplo se puede determinar que se encuentran dos fuerzas opuesta a saber: unificación contención del daño v.s.

integralidad o diversidad del daño; economía del daño vs. derechos fundamentales.

El juez se ve enfrentado a una serie de ideologías contrapuestas y no le queda camino que inclinar la balanza hacia una de ellas que en últimas representa a una corriente o grupo social.

En el pensamiento de Cesar Rodríguez (2005: 73), los argumentos no deductivos, utilizados a diario en la práctica del derecho son el medio o en el pensamiento de Kennedy el “caballo de trola” mediante el cual la ideología se introduce en la médula del discurso jurídico. El juez es un actor ideológico que asume la ideología de ciertos grupos.

Incluso el juez que se empeña en guardar fidelidad a la retórica de la neutralidad desarrolla una solución y luego la justifica en un lenguaje jurídico que también es un lenguaje ideológico. A través de los argumentos no deductivos, se invierte el modelo silogístico de la adjudicación: el juez primero avizora el resultado que desea, y luego busca las normas jurídicas que le sirvan para justificarlo.

Lo anterior es un reproche a la postura de Dworkin, pues el juez no permanece neutro, siempre debe tomar partido frente a los límites difíciles de las ideologías que se están enfrentando.

Pues bien lo anterior se concreta en una teoría intermedia entre la teoría realista de la discrecionalidad judicial irrestricta y la tesis reconstructivista de la existencia de límites infranqueables y de daciones correctas en la labora judicial.

En la primera se encuentra el paradigma de Hart como se ha mencionado en precedencia y el paradigma Dworkiniano que también ha sido tratado en páginas precedentes de este documento.

La teoría intermedia de Kennedy se aparte de la tradición en cuanto se ha anclado en describir y evaluar las decisiones de los jueces, lo que le interesa es *centrar toda la discusión en la experiencia personal del juez en un caso concreto*. A esta concepción se le denomina *giro fenomenológico*.

Con este pensamiento Kennedy se aleja de la posición de afuera y discrecional del juez de Hart donde se determina su decisión por el *núcleo duro (casos fáciles)* y *una zona de penumbra (casos difíciles)*- y la posición de adentro de Dworkin, punto de vista interno descriptivo-prescriptivo.

Kennedy se propone mirara la adjudicación desde el punto de vista interno realista. Es decir, lo que importa es la experiencia del juez, no lo externo ni lo interno de las teorías tradicionales entorno a la adjudicación judicial.

El juez se siente libre para crear derecho y al mismo tiempo se siente restringido porque se siente abocado a aplicar normas positivas, principio, convenciones, precedentes, etc. La labor del juez en este paradigma es la de un artesano libre que utilizando el ordenamiento jurídico vigente puede crear derecho para solucionar un caso que se le presente. El artesano debe seguir unas reglas que le imponen los materiales existentes pero tiene la posibilidad de diseñar, imprimir su huella en el resultado, el artesano es libre y restringido a la vez.

En este estado de cosas, en *primer* momento el juez experimenta una tensión de la sentencia a la que quiera llegar y los indicadores que el derecho presenta, quiere llegar a una solución desde su perspectiva pero el derecho vigente lo está limitando e impidiéndole soluciones diferentes a las establecidas, además puede

sentirse limitado por factores externos como por ejemplo el sentimiento que le invade a pensar que sus colegas o un abogado pueda decir el caso contrario a lo que él está pensando.

Además de la limitación interna y externa, en *segundo* momento el juez experimenta y construye una estrategia de argumentación compleja que si bien puede llevar al fracaso, también puede prosperar convirtiéndose en el fundamento de la sentencia hacia dónde quiere llegar. Es una tensión entre la inseguridad y la seguridad. El derecho para el juez, no es determinado ni indeterminado, es una obra que se construye desde la experiencia cotidiana, en el pensamiento de WROBLESKI el derecho es dúctil, moldeables a la realidad de la experiencia del hoy.

Esta ductilidad se construye poniendo en marcha varias estrategias como seleccionar las normas que se van aplicar *-reglas y principios-*, utilizar precedentes y construir argumentos de conveniencia pública sustentando el fallo que se quiere alcanzar y la refutación de los opuestos.

En tercer momento la decisión judicial y su dificultad no se puede mirar antes de la realidad del juez, es decir, meramente desde los materiales jurídicos, si bien es cierto que pueda existir complejidad de los materiales, la dificultad o facilidad depende de la experiencia concreta del juez al resolver un caso concreto, por tanto no existen casos fáciles o difíciles; un caso puede ser fácil aunque exista una norma clara aplicable si el juez considera que el resultado es injusto, pues en este sentido el trabajo del juez es difícil que desea construir una argumentación que sustente su decisión contraria.

En un cuarto momento, se completa lo elementos de la posición de Kennedy en lo que se consideran *el ocultamiento de los motivos ideológicos de los jueces*. Los jueces son influenciados ideológicamente, pero la niegan y luego la usan para

resolver sus conflictos frente a la decisión o actividad judicial, *entre la misión general encomendada al juez de hacer justicia y el deber de este de acatar las normas positivas vigentes*. Aquí se evidencia la tensión por un lado del juez de hacer justicia y por otro, cumplir con el principio de legalidad. Esto es un dilema, soy libre, pero el legalismo me restringe.

En esta propuesta se es consciente de las limitaciones del juez pero también de las posibilidades que tiene por tener un aspecto subjetivo, tener una visión de los querido y anhelado, bien pudiera ser llamado ideología.

3.3.6. Ricardo Guastini Para Ricardo Guastini (2014: 27) la interpretación no recae sobre normas sino sobre texto o documentos normativos, la norma no es el objeto de interpretación sino un resultado propio de la actividad interpretativa, así el derecho no resulta de una actividad legislativa sino de la interpretativa entendida como atribución de sentido a textos normativos.

Adicional a ello, también se pueden interpretar los hechos, estos tienen significado y en consecuencia se pueden hacer conjeturas al momento de atribuir un sentido en relación al resultado de la interpretación, la norma. El derecho es una creación de los intérpretes de textos normativos y hechos.

En esta perspectiva Guastini revela la falsa idea de que las normas propiamente dichas, es decir, el significado del material normativo esté ahí, *esté enteramente preconstituido respecto de la interpretación, de manera que los intérpretes tendrían simplemente que detectarlo*.

Ahora bien, la interpretación puede ser entendida como una actividad o como un resultado. Como actividad denota un *proceso mental*; como resultado de este proceso, es un *discurso*.

Lo anterior es de relevancia en cuanto se puede considerar que una decisión judicial tiene dos momentos específicos de los cuales depende la función de adjudicación del derecho y en sentido del mismo.

El primero consiste en aplicar sentido a textos normativo, hechos y a costumbre, que termina o llega a una conclusión representada en la norma, este momento es el *hermenéutico propiamente dicho*. El segundo momento se constituye en discurso, es decir es el momento *argumentativo* o de justificación del momento interpretativo.

El razonamiento afirma Guatini (2014: 225) puede indicar un proceso mental a través del cual se llega a una conclusión o decisión, o un discurso con el cual se argumenta o se justifica – *se dan razones para sostener- la conclusión o la decisión*.

En concreto, la propuesta de Guastine gira en torno a que el juez debe estructurar la decisión en dos momentos, el primero de ellos como se observa es el hermenéutico y el segundo de ello es el argumentativo, base sobre la cual juez es un sujeto libre y capaz de hacer un proceso de razonamiento.

Ahora bien afirma Guastini (2014) que el razonamiento es un discurso, *una secuencia de enunciados*, en donde uno de ellos tiene la función tesis o conclusión y los demás la función de premisas, argumentos o razones en favor de la conclusión o tesis.

Sin embargo es de advertir que la consideración precedente es lo que valida el razonamiento. Dentro del proceso en su conjunto debe existir al menos una norma *entre las premisas*. Significa que el proceso argumentativo debe estar precedido por la hermenéutica, sin norma no puede existir argumentación.

Este proceso deja ver claramente que en la aplicación del razonamiento jurídico lleva a distinguir un instante psicológico definido por los motivos, los estados mentales –*emociones, sentimientos, actitudes, impulsos*- de la decisión o conclusión y otro de razones o premisas que sustenten el proceso psicológico.

Lo que quiere decir que las decisiones del juez deben estar justificadas, desde el aspecto interno en cuanto crea la norma, y en cuanto externamente a través del discurso, establece argumentos para sostener o fundamentar su interpretación o sentido en cuanto a los textos normativos se refiere.

Moreno Cruz (2011: 168-169) afirma que Guastini alude a tres teorías respecto a la interpretación del derecho: *la teoría de la interpretación de la ilustración. El escepticismo realista y el neocognitismo contemporáneo.*

Para la primera (interpretación de la ilustración) los textos normativos contienen un solo sentido, y la ambigüedad, la vaguedad y mucho menos afirmar que pueden surgir interpretaciones encontradas por concepciones ideológicas no es aceptado. Esta teoría parte de la idea de que el texto normativo tiene un “sentido unívoco y susceptible de ser conocido, y que desconoce por tanto la vaguedad y lo equívoco de los enunciados normativos”. Los autores que sostuvieron esta posición fueron principalmente los franceses: Demante y Demolombe. Actualmente, es difícil encontrar a alguien que sostenga esta posición.

Para la segunda teoría (el escepticismo realista) todos los textos normativos pueden dar origen a una confrontación “se toma en serio la equivocidad y la vaguedad del lenguaje de las fuentes del derecho, y extrae como consecuencia que, antes de la interpretación, no existe algún sentido objetivo en los textos normativos”. Un ejemplo de esta posición se presenta en el autor anglosajón Duncan Kennedy, quien afirma lo siguiente: “Si usted me dice que siempre existe una respuesta correcta a un problema jurídico, yo le contestaré, armado de todos

estos casos en los que mi experiencia fue, que la ley es indeterminada, o que fui yo quien le dio su forma determinada como resultado de una libre opción, ética o política”.

Para la tercera teoría (neocognitismo contemporáneo) hay textos normativos claros, pero también ambiguos y vagos. Es una especie de teoría intermedia entre la teoría de la interpretación de la ilustración y el escepticismo realista. La mayor parte de autores que se citaran adelante pertenecen a esta posición.

Lo que el comentarista en precedencia refiere, Ricardo Guastini (2014) lo sostiene en su nuevo libro sobre la materia que nos ocupa. El afirma que existen tres teorías de la interpretación que han hecho carrera en el desarrollo del pensamiento moderno. Siguiendo el autor, estas teorías se conocen con el nombre de teoría cognoscitiva, teoría escéptica y teoría ecléctica.

Según la teoría cognoscitiva la interpretación es un acto de conocimiento; la escéptica es un acto de voluntad o de decisión y no de conocimiento; la ecléctica como su nombre lo indica es una teoría intermedia entre las anteriores, la cual propende unas veces por un acto de conocimiento, otras por un acto de voluntad, según las circunstancias.

Ahora bien, la teoría cognoscitiva es formalista, consistente en un acto de descubrimiento o conocimiento del significado. En este tipo de interpretación el texto normativo tiene un sentido unívoco, el cual puede conocer por el operador, como sería el caso de la decisión frente al daño a la salud. El juez administrativo para el caso debe conocer el sentido de las reglas que ha establecido el Consejo de Estado en sede de la indemnización del daño inmaterial.

Desde este tipo de interpretación, todo texto normativo, *es susceptible de una, y solo una, interpretación verdadera (siendo falsas todas las otras)* y en la misma

medida sólo puede darse una solución correcta. A un único sentido, una única interpretación y por ende un sola solución irrefutable.

En esta perspectiva Guastini presenta una radiografía de lo que este modo de interpretar, donde básicamente el juez es anulado:

Este punto de vista desconoce, por tanto, la equivocidad de los enunciados normativos y la vaguedad de los predicados, así como la discrecionalidad interpretativa que de estas se desprende. En este sentido, para decirlo en palabras de Montesquieu, el juez no es más que “la boca de la ley” y la función jurisdiccional no es más que un “poder nulo”.

Hoy en día, la teoría cognoscitivista de la interpretación, aparentemente, ya nadie la comparte. A pesar de esto, dicha teoría está siempre presente en el estilo discursivo y argumentativo de muchos tribunales. Sobre todo, la teoría está inscrita, incorporada, en muchos tribunales. Sobre todo, tal teoría está inscrita, incorporada, en muchas instituciones del Estado moderno: en particular, en la separación de poderes, como también en todos los controles de legitimidad sobre los actos de los poderes públicos (el control de casación sobre la legalidad de las sentencias, el control de constitucionalidad de las leyes, la garantía de los derechos de libertad conferida en última instancia al poder judicial sin ningún control o contrapeso externo a la jurisdicción misma).

En esta teoría cognoscitiva se puede determinar según Guastini una ideología, es decir una doctrina que no se preocupa en describir lo que sucede, como le urge prescribir lo que debería suceder. En cuanto a sus fundamentos el autor afirma que:

... esta doctrina encuentra su fundamento principal en otras doctrinas, como la de la soberanía del Parlamento y la separación de poderes. El juez, intérprete último de la ley, no es investido de esa legitimidad que confiere la elección democrática. Por tanto, él debe limitarse a ser, según la expresión de Montesquieu, nada más que “la bouche qui prononce les paroles de la loi”. La responsabilidad por las elecciones de naturaleza política incumbe al Parlamento (...). Estos principios postulan por tanto que el significado de las leyes viene predeterminado por el Parlamento y que el intérprete es políticamente pasivo y está sometido a la voluntad soberana de la que la ley emana.

En cuanto a los resultados, esta doctrina tiende, por un lado, a asegurar la certeza del derecho (estabilidad de las relaciones y previsibilidad de las decisiones judiciales) y, por otro lado, a realizar la justicia formal (igual tratamiento de los casos iguales).

Ahora, frente a la teoría escéptica, la interpretación no es un acto de conocimiento sino de voluntad, los textos normativos no poseen un único significado objetivo o preconstituido, éste es fruto de la discrecionalidad del intérprete, del juez.

Guastini (2014: 351) determina que de ésta existen varias variantes. Una de ellas es la *moderada*, teoría defendida por él, en cuanto toda norma es indeterminada, una interpretación o su elección es discrecional, la vaguedad de toda norma puede ser discrecionalmente reducida (en concreto) tanto incluyendo en, como excluyendo de, su campo de aplicación los campos dudosos o marginales, la interpretación puede ser actividad cognitiva, decisoria o creadora, los enunciados interpretativos cognitivos tienen valor de verdad, los enunciados decisorios no pueden decirse que sean ni verdaderos ni falso, la interpretación creativa es un fenómeno muy difundido y constituye producción de derecho nuevo, la

interpretación judicial, con frecuencia, es genuinamente creadora de nuevas normas.

Otra variante de la teoría escéptica es la extrema, en la cual los textos normativos no tienen ningún significado antes de ser interpretados, aquí el juez es absolutamente libre de atribuir cualquier significado. *El significado no preexiste a la interpretación: es más bien un resultado. Una cosa es decir que los textos normativos tienen una pluralidad de significado, otra cosa es decir que no tienen significado alguno.*

Otra de las teorías abordadas por Guastini es la *ecléctica* o intermedia, donde unas veces y dependiendo de las circunstancias, algunas veces la interpretación judicial es un acto de conocimiento y en otras un acto de voluntad.

Frente a este caso existen dos variantes a saber. La primera radica en *la textura abierta* del material normativo en cuanto a su vaguedad e indeterminación, que al lado del núcleo del significado estable y aceptado se identifica una penumbra de incertidumbre. La interpretación será un acto de conocimiento cuando se den un caso claro y habrá discrecionalidad ante los casos dudosos. Aquí, la discrecionalidad depende del mundo de los supuestos de hechos.

La segunda variante distingue no entre casos fáciles y difíciles, sino entre textos claros y unívocos y, respectivamente, equívocos u oscuros. En esta línea la discrecionalidad depende del lenguaje de la autoridad normativa, es decir, de la formulación de las normas jurídicas.

3.4 EL DAÑO A LA SALUD Y LOS PARADIGMAS INTERPRETATIVOS

3.4.1 El daño a la salud y el paradigma de Hart Haciendo la aplicación de la teoría de Hart en el campo de la tasación del daño a la salud, es válido preguntarse por la referencia del daño a la salud y su posible argumentación desde algunos de los casos presentados, fáciles o difíciles. ¿Dónde ubicar la argumentación y decisión del juez administrativo cuando tasa el daño a la salud desde la regla elaborada por el Consejo de Estado?

La tesis del daño a la salud como se ha establecido hoy, desde los parámetros del Consejo de Estado puede ubicarse dentro de la teoría de los casos fáciles, no los difíciles. Desde el estado actual de cosas de tal daño inmaterial, es darle el reconocimiento a su vocación en el campo de los casos fáciles.

El juez de menor jerarquía de la jurisdicción de lo contencioso y siguiendo el precedente vertical debe aplicar las reglas que se le han señalado o en el mejor de los casos impuesto por el órgano de cierre.

Lo primero que debe determinarse a través de la prueba científica que se ha denominado el criterio objetivo de interpretación, es el porcentaje de pérdida laboral y así adjudicar un porcentaje consecuente con la suma numérica por el daño causado; a esto se le considera el criterio objetivo a la hora de tasar el daño.

Lo segundo es determinar el criterio subjetivo, mirar las condiciones y especificidades de la víctima y aplicando eso que el Consejo de Estado ha denominado *arbitrio juris*, establecer el monto económico que debe sumarle al criterio subjetivo.

El denominado *arbitrio juris* es imposible de ejercer por parte del juez, pues esa facultad, desde la teoría de Hart (1961) y la crítica del mismo Dworkin (1984;

2010) implica libertad, valoración, o en el mejor de los casos *discrecionalidad* que en ningún momento se evidencia, pues existen topes claros y bien afincados que el juez de menor jerarquía jamás podrá traspasar y esto se trasluce en la cuestión económica y política que sustenta la posición del Consejo de Estado, como se ha reiterado.

Es este se quiere decir, que si lo que se busca es ahorrarle dinero al Estado por la cantidad de demandas administrativas como consecuencia de la conducta antijurídica de la administración, la solución no está en recortarle o reducirle los derechos a los ciudadanos y restringiendo la labor argumentativa del juez frente al caso imponiendo reglas que propende por sintetizar la teoría del daño a expensas de los derechos fundamentales. La verdadera y justa proposición está en que existan administradores que obren conforme a parámetros constitucionales y democráticos, propendiendo por el menor impacto negativo a los ciudadanos en su devenir como autoridades, pues aquellos tienen la licitud de sus derechos fundamentales y la buena fe de que serán tratados con dignidad.

Y lo anterior se justifica en cuanto el daño a la salud considerado como *toda afectación sicofísica*, no puede, en todo caso, superar los 400 s.m.m.l.v, el monto máximo al que puede llegar la indemnización es éste y se presenta cuando la víctima, por ejemplo queda en estado cuadripléjico. En este tipo de interpretación el juez simplemente aplica las reglas establecidas sin tener ninguna posibilidad para interpretar.

Y la cosa no termina ahí. ¿Qué pasa cuando la víctima fallece? En la jurisdicción contenciosa se ha establecido que no hay lugar a indemnización, la indemnización por daño a la salud es para el sobreviviente a las consecuencias del daño. Y qué pasa con esas afectaciones, ¿no es posible una indemnización por el daño a las *alteraciones graves a las condiciones de existencia* o a al *daño a las condiciones de existencia*?

Lo anterior por establecer un caso como el daño a la salud que puede ser abordado desde la teoría de la decisión que tiene en cuenta los casos fáciles, difíciles o trágicos, pero que también se pueden presentar otras formas de interpretación, como se pasa a ver.

3.4.2 El daño a la salud y el paradigma de Dworkin Desde esta perspectiva el juez administrativo al tasar el daño a la salud no tiene la necesidad de crear reglas ni moverse en la zona de penumbra, debido a que existe una regla decisional clara establecida por el Consejo de Estado para ser aplicada, y el juez no tendría ningún esfuerzo interpretativo.

Para este paradigma el juez contencioso administrativo no tendría ningún problema al tasar el daño a la salud, es más, no está llamado a dar aplicación a las tres etapas de la propuesta interpretativa, pues, existe una regla conocida y al aplicar se está frente a un caso fácil y no difícil.

El juez administrativo no tiene necesidad de implementar o realizar el método reestructurista de Dworkin, pues este se justificaría en ausencia de una regla decisional, que en la teoría del daño a la salud en Colombia existe u está unificada en la providencia del Consejo de Estado.

Desde esta visión, el modelo no es recibido para la presente investigación, es una propuesta que no brinda alternativa, pues sólo sería aplicable en cuanto no existiera una regla determinada, como se tiene una solución específica, el juez administrativo sólo puede aplicar lo establecido por el órgano de cierre.

Ahora bien abriendo el horizonte interpretativo, pudiese pensarse que en cierta circunstancia, el juez Hércules ignorara la regla del Consejo de Estado en la tasación del daño a la salud, y lo que en primer momento pareciese un caso fácil, se convirtiera en un caso difícil.

Un juez administrativo llamado Hercúleas desea implementar el método reconstructivo formulado en sus etapas preinterpretativa, interpretativa y posinterpretativa, porque desea encontrar la respuesta correcta a la tasación del daño a la salud. Él tiene conciencia que no va a crear derecho, no será discrecional, simplemente usará el peso de los principios pertenecientes al sistema jurídico y planteará una nueva regla que estaba oculta en el derecho vigente y que se compadece de los derechos fundamentales de las víctimas del daño antijurídico.

Desde esta perspectiva, la teoría de Dworkin es acogida en la solución a la tasación del daño a la salud en Colombia, en cuanto no limita el proceder del juez aunque deba hacer un esfuerzo supraracional por encontrar alternativas en la respuesta al caso, este juez no agota el sistema jurídico vigente.

3.4.3 El daño a la salud y la propuesta de Alexy En modelo interpretativo de Alexy, un juez administrativo al tasar el daño a la salud puede aplicar la regla establecida por el Consejo de Estado o construir una nueva que le permita llegar a una conclusión diferente a la establecida por el órgano de cierre, siempre y cuando cumpla con el requisito de fundamentar la regla.

En este sentido y en aras de establecer la indemnización del daño inmaterial y no queriendo restringir la libertad del juzgador, sino que por el contrario, brindando al juez las garantías para proteger los derechos fundamentales de las víctimas que pueden ser desconocidos por una decisión determinada y prescriptiva, hay que dejar abierta la posibilidad hermenéutica y argumentativa propia de los jueces en los estados modernos constitucionales.

Estas reglas se deben crear partiendo desde el ordenamiento jurídico vigente y el contexto socio jurídico donde emerge el caso en cuestión, con la posibilidad de cambiar una regla, pues la realidad y la racionalidad llevan a pensar que

nada es absoluto y que el hecho de no experimentar una posibilidad no quiere con ella indicarse que no pueda existir.

Por ejemplo, la regla decisional del daño a la salud puede ser replanteada si pudiese emplearse los cuatros supuestos establecidos para cambiar el precedente: a. “existen diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos.” b. “habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responde al cambio social posterior”. c. el juez “puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”. d. el juez posterior puede apartarse de la jurisprudencia “por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante”, para inaplicar un precedente y al mismo tiempo cambiarlo

Para Alexy, las reglas soportan el discurso jurídico, y bien el juez administrativo al tasar el daño a la salud, utilizando este modelo de argumentación estándar, puede presentar una nueva interpretación que disienta de la establecida por el órgano de cierre, conllevando con ello un razonar diferente que redunde en los derechos fundamentales de la víctima del daño, al crear una nueva regla, fundado bien en los cuatro supuestos planteados por Pulido, o aplicando lo propuesto por Alexy, o en el mejor de los caso, utilizando conjuntas propuestas.

En el modelo de Robert Alexy, el juez contencioso administrativo aplicando los seis cánones de interpretación puede llegar a una conclusión diferente a la proyectada por el Consejo de Estado, lo relevante es que tal ejercicio evidencia además de la justificación interna, la justificación externa para que sea aceptada desde el punto de vista de la racionalidad.

3.4.4 El daño a la salud y el planteamiento de Neil Maccormick Teniendo en cuenta este paradigma un juez administrativo frente a la regla decisional del

daño a la salud puede crear otra interpretación de la tasación del daño, por ejemplo, combinando los dos niveles de interpretación, el deductivo como técnica que se ven en las reglas que se han definido y que está enmarcado desde lo denominado como principio de universalidad, pero a la vez estableciendo la interpretación inductiva o material que comprende la relación del argumento decisorio con el sistema y con el mundo, en lo primero se hace relación a coherencia y consistencia, lo segundo a los efectos de la decisión en el mundo, el argumento consecuencialista.

En ese segundo nivel de interpretación, por ejemplo, el juez administrativo puede evidenciar su desacuerdo con la regla, puede evidenciar que esa no es la regla aplicar, puede evidenciar que los hechos ameritan otra interpretación, o que simplemente existen hechos secundarios pasados por inadvertidos pero fundamentales para la argumentación o construcción de la conclusión.

Lo anterior lo puede hacer acudiendo al principio de universalidad que puede ser construido desde el ordenamiento jurídico vigente e implementado una argumentación empírica que no desconozca los requisitos de coherencia y consistencia de la decisión judicial

Sin embargo la limitación de la regla del daño a la salud establecida por el Consejo de Estado no permite que el juez pueda tener un papel activo de la construcción de nuevos paradigmas que son ilimitados. Sería que el juez contencioso rompiera que el modelo establecido presentando una nueva interpretación, pero que si tal implica mayores recursos económicos para resarcir el perjuicio, seguramente la regla no sería de recibo por parte de quienes defienden los intereses económicos de Estado Colombiano.

Si bien es cierto, que el juez administrativo en la propuesta de N. Maccormick no goza de discrecionalidad en el sentido fuerte pues está limitado por los principios

de universalidad, consistencia, coherencia, y aceptabilidad de las consecuencias, tampoco es menos cierto que no pueda emprender y presentar una nueva interpretación de la tasación del daño a la salud. Este juez tiene la autoridad para decidir casos de forma definitiva pero no para decir qué constituye una buena razón en favor de la decisión.

El juez administrativo en primer momento aplica una argumentación deductiva, pues existe una solución al caso representado en el principio de universalidad, sin embargo en la argumentación de segundo nivel, puede construir otra regla si logra que ésta cumpla con los requisitos de coherencia, consistencia y sea un argumento consecuencialista.

3.4.5 El daño a la salud y el modelo de Kennedy En la propuesta de Duncan Kennedy, el juez contencioso administrativo al momento de tasar el daño a la salud puede sentirse atada por el derecho objetivo, es decir, la regla decisonal adoptada por el Consejo de Estado, o presentar una nueva regla queriendo legalizar su ideología a través de la argumentación jurídica.

Como se miraba en precedencia, el juez puede sentirse restringido por el hecho de no presentar un buen argumento que no sea revocado y rechazado, cuestión que lo lleve a ocultar su postura, o por el contrario que se arriesgue a través de una nueva propuesta interpretativa.

Ahora bien, la tasación del daño a la salud en Colombia pudiera determinarse teniendo presente por un lado la objetividad del ordenamiento jurídico representado en la propuesta del Consejo de Estado, es decir lo que en últimas es común para los jueces.

Sin embargo, también se podría interpretar dejando un espacio para que el juez sustente su mundo desde reglas que argumenten su decisión, su criterio, en

últimas propenda por la ideología que lo define, sustentada desde el razonar en la construcción de argumentos.

Como se ha reiterado la regla del Consejo de Estado limite desde la perspectiva económica al juez para que llegue a una tasación diferente, el juez haga lo que haga siempre llegará a donde el órgano de cierre de lo contencioso administrativo quiere que el juez de menor jerarquía llegue.

Este paradigma aunque propone una cuestión teórica, es difícil que el juez pueda salir adelante con sus pretensiones sino está sustentada en alguna técnica, cuestión que se ausenta en la propuesta de Kennedy.

Así las cosas, el juez se queda en un estado romántico, terminando por aplicar lo que lo restringe, él se limitaría a fundamentar su decisión en los postulados del órgano de cierre, pues no se evidencia un proceder para crear algo nuevo.

3.4.6 El daño a la salud y el paradigma de Guastini Por ejemplo, cuando se da el caso de un daño antijurídico y en tal situación la responsabilidad de se imputa a una entidad pública y se configuraron daños inmateriales, como por ejemplo daño mora, constitucional y daño a la salud, en este último el juez debe atenerse a un sentido y dar la única solución que se deviene de la unificación de la jurisprudencia administrativa, por ejemplo que la indemnización a la víctima o a sus herederos debe tener un tope económico que se ha determinado en 400 smmlv, ese tope no puede ser superado por el juez, pues así lo ha determinado el máximo órgano de lo contencioso.

Igualmente en sede en una afectación sicofísica de un sujeto, por ejemplo, el juez de lo contencioso administrativo no puede reconocer o tazar el perjuicio de daño a la vida de relación o alteraciones graves a las condiciones de existencia, pues el daño a la salud contiene este tipo de perjuicios, hacerlo sería indemnizar

múltiplemente o hacer una doble reparación a la víctima por el mismo perjuicio. El juez conociendo el sentido de las reglas, del texto normativo, para decidir debe solucionar el caso en relación y en el sentido a las mismas, la decisión siempre será la misma.

El Consejo de Estado ha pregonado que el juez tiene cierta discrecionalidad y que pone en práctica su arbitrio juris, sin embargo esto es una falacia, pues se contradice al decir que su decisión y en consecuencia su indemnización no puede superar los 400 smmlv.

Por ejemplo, teniendo en cuenta la visión formalista de la interpretación, es plausible y fácil de verificar en el modelo interpretativo del daño a la salud propuesto por el Consejo de Estado en su jurisprudencia unificada como se ha mencionado, la cual no le da ningún margen de interpretación a los jueces administrativos.

Desde el modelo de Guastini, el daño a la salud puede ser interpretado desde dos momentos, el hermenéutico e interpretativo y el argumentativo, sabiendo que el juez debe ser consciente de la complejidad del razonamiento jurídico pero sintiéndose libre de llegar a conclusiones o tesis defendible y argumentadas. Este paradigma permite un mayor razonamiento al juez contraria a la interpretación restrictiva del Consejo de Estado.

Precisamente esta diferenciación entre hermenéutica y argumentación, propios del razonar judicial, es la justificación para implementar el modelo de Guastini en el siguiente capítulo.

Se quiere llegar a una conclusión diferente a través de una técnica y luego presentar los argumentos que sostengan la misma. En otras palabras, en un

primer momento se plantea el aspecto hermenéutico y para dar cabida a la argumentación.

Conclusión

La teoría que se compadece de la regla decisional del daño a la salud establecida por el Consejo de Estado se rastrea en los postulados de los paradigmas presentado desde la perspectiva de los caos fáciles o difíciles que bien se puede traducir una argumentación deductiva o técnica donde el juez sólo aplica las reglas sin ninguna injerencia en la construcción de otras posibles reglas o modificación de la misma.

Sin embargo existe otra posibilidad de argumentar, la cual consiste en darle libertad al juez para que construya reglas o conclusiones y posteriormente con las diferentes técnicas proceda a fundamentarlas. Sería el caso de la tasación del daño a la salud, que puede llegar a una regla diferente y fundada.

4. CRITERIOS HERMENÉUTICOS Y LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD

En el primer capítulo se establecieron los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano y dentro de ello se conceptualizó la tesis del daño a la salud como parte del sistema de daños inmateriales en Colombia y la forma como el juez contencioso administrativo debe tasar la reparación a la víctima de tal perjuicio siguiendo una regla bien determinada por la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del 11 de septiembre de 2011.

Queriendo con ello indicar que el juez de lo contencioso administrativo una vez conociendo la regla debe sujetarse a ella y acomodar los hechos a lo establecido sin poder apartarse de lo que en un momento dado sea el único fundamento de la decisión que deba presentar como solución al caso en cuestión. ¿El juez debe conocer la regla decisional o crearla?

Con tal claridad, dentro del desarrollo de la propuesta se dio un paso más en aras de establecer las posibles teorías de la decisión judicial que bajo ciertas condiciones pudieran constituirse en el fundamento teórico de la regla decisional establecida por el Consejo de Estado en la tasación del daño a la salud, si fuera eso posible, o simplemente determinar en qué medidas el estado de cosas ofrecido por la jurisprudencia contenciosa puede encajar en los argumentos que una u otra tendencia teórica brinda como posibilidad de justificación.

Pues bien, en ese segundo capítulo, se intentó presentar los postulados generales de las diferentes metodologías que posibilitan la justificación racional de las

decisiones judiciales, a la par de un análisis fundado en su aplicación o inaplicación en la regla del daño a la salud.

Así, en un primer momento, se asomó la teoría de H.L.A. Hart con su propuesta de los casos *fáciles* y la irrenunciable discrecionalidad del juzgador cuando se halla en la zona de penumbra y que directamente lo lleva a crear derecho, siendo motivado por la incompletion del sistema jurídico vigente a tal empresa a realizar.

En otra perspectiva, Dworkin y su juez Hércules defiende la tesis de la única respuesta y la no discrecionalidad representada en la carga política del juez, donde se afianza, se describe y se estructura en tres momentos la actividad interpretativa en aras de construir la mejor decisión judicial cuando se enfrentan a casos difíciles, pero que en ningún momento debe considerarse tal actitud como generadora de derecho.

Por su parte Robert Alexy expone su teoría de la argumentación jurídica como una *metodología* para justificar las decisiones judiciales en la llamada *tesis del caso especial* que tiene asidero en el discurso práctico general racional. El caso especial, al igual que el discurso práctico general es guiado por reglas como producto del consenso o la deliberación y cuyo fin es la corrección de los postulados de éste tipo de discusiones. En este pensador, las reglas pueden ser entendidas como *normas o cánones* que delimitan la libertad de los sujetos en cuanto imponen una serie de condiciones.

Seguidamente se presentó la propuesta de Duncan Kennedy, para quién los jueces al momento de decidir un caso, tienen dos opciones, que bien pueden combinarse, pero que no se puede pretender que actúen desde una de ellas con absoluta independencia respecto de la otra.

Por un lado el juez está sujeto al derecho objetivo pero al mismo tiempo quieren llegar a otra orilla añorada en sus decisiones, sintiéndose preñado de ideología, pues quien decide tiene apetencias y nunca es libre para decidir y la relevancia del juez está en armonizar un mundo objetivo e impuesto con su mundo que le representa libertad.

Así mismo, fue presentada de forma general algunos aspectos de la propuesta de Neil MacCormick, quien aboga por la combinación o puesta en marcha de una argumentación de primer nivel y una argumentación de segundo nivel, donde se presentan una serie de problemas en torno a los hechos, las pruebas y que para salir victorioso, le es necesario al juez establecer un principio de universalidad teniendo en cuenta los postulados de coherencia y consistencia, al igual que las consecuencias de su decisión en el mundo de la vida de los hombres.

Finalmente el capítulo se cierra con la presentación del paradigma interpretativo de Ricardo Guastini quien considera que existen tres visiones de la argumentación, una racionalista donde el juez es *la boca de la ley*, otra escéptica donde el juez goza de total libertad y una moderada o intermedia defendida por él, donde el juez tiene que combinar la restricción y la libertad, respectivamente.

Uno de los aspectos relevantes de esta propuesta o paradigma interpretativo lo constituye el hecho de establecer un proceso mediante el cual los jueces pueden justificar sus decisiones apelando a dos instancias o momentos que se complementan a saber.

La primera instancia o momento del proceso es denominado *hermenéutico* y el segundo *argumentativo*. En aquel, el juez a través de los textos jurídicos y aplicando su razonamiento extrae o crea la *norma o conclusión*, para en un segundo momento presentar los argumentos que defienden o justifique la actividad hermenéutica del juez ante el caso a solucionar.

Para Ricardo Guatisni (2014) el razonamiento judicial se caracteriza por ser *deóntico* y se puede definir como un *discurso o más precisamente una secuencia de enunciado*, entre los cuales uno de ellos desempeña la función de *tesis o conclusión* y los restantes desempeñan la función de premisas, argumentos o razones en favor de la tesis o conclusión. La tesis se conoce como inferencia y las razones constituirían la argumentación.

Así las cosas, el propósito en este capítulo se centra en estructurar o establecer unos parámetros interpretativos que posibiliten la tasación del daño a la salud, distante a lo pretendido por el Consejo de Estado en su jurisprudencia a partir del 14 de septiembre de 2011, momento en que se acogió la nueva tipología del daño.

Sin embargo, hay que tener claridad en cuanto a la forma en que los jueces administrativos de menor jerarquía en Colombia, deben tasar el daño a la salud siguiendo en precedente establecido.

Primero que todo, el juez debe asegurarse que, una vez establecida la responsabilidad extracontractual de la autoridad administrativa correspondiente, la víctima haya sobrevivido al perjuicio, siendo que si del daño o para ser más técnico, del perjuicio le devino en deceso, no es posible la tasación por esta clase de perjuicio inmaterial, es decir daño a la salud, pues como lo ha concebido el Consejo de Estado como la *afectación sicofísica*, al desaparecer el sujeto, desaparece la responsabilidad de la administración de ser condenada por este rublo.

En el supuesto de la sobrevivencia de la víctima a las consecuencias del daño, y al comprobarse y determinarse la afectación sicofísica sufrida, el juez administrativo de menor rango le quedan dos caminos a seguir, como imperativo categórico establecido por el órgano de cierre.

En un primer momento debe asegurarse que el criterio objetivo se estructure. Éste es posible determinar mediante la aplicación de la prueba médico legal que establece el porcentaje de pérdida por la ocasión del perjuicio. Ésta prueba será la referencia para otorgar un tope económico fijo para los individuos que se vean afectados por la irresponsabilidad de la Nación.

De otra parte, el juez, teniendo un criterio objetivo bien definido, según el Consejo de Estado, debe determinar o estructurar el criterio subjetivo, es decir, se ve abocado a poner en funcionamiento el *arbitrio iuris*, a fin de determinar un monto indemnizatorio teniendo en cuenta las particularidades de la víctima.

El criterio objetivo representado en la prueba médico legal, unido al criterio subjetivo, que bien podría llamarse el *arbitrio juris o carga política del juez*, sirven como fundamento para determinar en cierta medida la tasación o el monto a indemnizar por concepto de daño a la salud, solo para la víctima.

Sin embargo, el juez tiene que salirle al paso a otra variante en la tasación del daño a la salud, la cual podría constituirse en una subregla, y es la que ha establecido la jurisprudencia contenciosa administrativa, en la eventualidad de si el daño ha sido muy grave, por ejemplo, a modo de enunciación pues pueden configurarse infinidad de situaciones, el perjuicio causado ancló a la víctima en un estado de cuadriplejía, en ese caso y debido a la gravedad de la situación antijurídica, ahí la indemnización debe hacerse hasta el tope económico determinado en tales circunstancias.

Se quiere resaltar lo siguiente, por ejemplo, si fuese verdad que en algún momento el juez contencioso administrativo de menor jerarquía contara o ejercitara con lo que se ha denominado *arbitrio juris o carga política* en la tasación del daño a la salud, la subregla mencionada acaba con él, pues cuando el juez se encuentra frente a una situación de esta categoría, que libertad tiene si se le indica

el monto de la tasación. El juez en este caso simplemente es un operador de los parámetros que se le han indicado. ¿Qué solución plantea el juez frente a una situación como esta?, ninguna, la respuesta está predeterminada. ¿Tiene alguna posibilidad de razonar? Al juez le queda hacer el proceso de subsunción de la regla frente a los hechos.

La cosa no termina aquí. Puede aparecer otra subregla en el proceso de tasación del daño a la salud en Colombia. Esta se estructura en el entendido de lo manifestado por el Consejo de Estado a saber: *en todo caso el tope de la tasación no puede superar los 400 s.m.l.v.* El arbitrio juris y que además como se ha venido manifestando, constituye el poder político del juez está muerto, no existe.

Al juez se le está indicando e imponiéndole que llegue a un resultado específico. Esto es algo contradictorio. Si se alega el poder político del juez en la dinámica del *arbitrio juris*, que de hecho constituye una visión Hartiana del derecho, ¿cómo es que en la tasación del daño a la salud se establezcan los mismos montos y parámetros cuando las víctimas en todos los casos no son iguales? Dos seres idénticos no existen y en ese sentido la indemnización jamás puede llegar al mismo tope, aunque el juez superior de lo contencioso administrativo lo quiera.

En contraposición a ese paradigma interpretativo, se presentan los siguientes parámetros interpretativos que son rastreados y hallados en las teorías de la decisión judicial que se esbozaron en el segundo capítulo de este trabajo de investigación, especialmente desde el pensamiento de Ricardo Guastini, pero haciendo la salvedad que la investigación no está, ni es el objetivo, construirse desde la escuela de este pensador.

Tales parámetros interpretativos pretenden ser una herramienta para que el juez contencioso administrativo aplique su razonamiento jurídico en la tasación del daño a la salud y llegue a la mejor respuesta a sabiendas que no es la única, pero

que sí es racional en cuanto ha establecido técnicas, reglas o cánones que la sustentan sin estar inmerso en la arbitrariedad, sino que por el contrario el sistema jurídico vigente le permite llegar a ese punto no indicado no conocido por él pero si interpretado y argumentado.

Básicamente, los parámetros interpretativos que se presentan, bien pudieran reducirse a dos momentos que tienen que estar presente en las decisiones judiciales, cómo único proceso racional, entendiendo por tal, la posibilidad de cambio que existen en las decisiones judiciales, pues no se debe aferrar el sistemas a verdades absolutas e incuestionables, sino a la construcción de la misma a través de reglas específicas y argumentadas posteriormente.

De las metodologías jurídicas abordadas en el segundo capítulo se puede afirmar que todas pretenden que el juez razone frente a un problema concreto y que aquel tenga cierto margen de maniobra para crear normas que luego serán argumentadas o defendidas a fin de ser aceptadas, llevando una carga de objetividad en cuanto ser pensante.

¿Cómo lo hacen?, es un asunto que presenta muchas variantes teniendo presente cada autor y lo pretendido con su metodología para justificar las decisiones judiciales, pero en común los teóricos establecen y defienden que todos los jueces en los estados contemporáneos democráticos están llamados a razonar, a ser independientes al mismo tiempo que deben responder por sus decisiones judiciales frente a los ciudadanos que esperan de ellos el mayor grado de racionalidad que deje ver la protuberancia de los materiales jurídicos o sistema jurídico vigente y la empírea que refleje la cotidianidad de sus prácticas sociales, jurídica, o en fin su forma de ser y de pensarse a sí mismos, pues allí radica la confianza y el ser de una comunidad determinada en sus jueces.

Lo primero que hay que afirmar es que el juez es un sujeto que razona y por ende, puede percibir muchas alternativas cuando busca una solución sobre la problemática, por ejemplo en la tasación del daño a la salud.

Entonces, desde las diferentes perspectivas se afirma categóricamente que los jueces razonan deontológicamente y lo hacen en dos momentos cuando se ven abocados a proferir una decisión.

Este aspecto de que los jueces razonan al tomar una decisión, se considera como un derecho fundamental, no sólo del sujeto que lo hace, sino también de los ciudadanos que esperan de quien tiene tal misión un actitud deliberativa y reflexiva que de racionalidad a su proceso y se de prevalencia a los derechos y principios que han acordado y en cierto momento se efectuó la correspondiente corrección de las proposición del discurso en perspectiva de hacer posible los derechos protegidos y vulnerados por una autoridad pública o un particular.

Pero el razonamiento jurídico presenta dos etapas, que cualquier metodología de la argumentación no puede obviar, y si lo hace desconocería lo racional que presentan las decisiones judiciales.

4.1. PRIMER MOMENTO DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL.

La primera de ellas es presentar la norma o regla que el juez ha extraído para aplicar al caso en concreta. Este proceso, siguiendo a Ricardo Guastini, se constituye en determinar la conclusión o la inferencia, se puede afirmar que en este primer paso se crea la premisa mayor o el principio de universalidad bajo el cual se puede solucionar una cierta controversia judicial, por ejemplo el principio, la conclusión, la inferencia, la premisa mayor para tasar el daño a la salud.

Anteriormente se hizo la presentación de la posible regla que el Consejo de Estado impone a los jueces administrativos de menor jerarquía para que la apliquen en la tasación del daño a la salud, lo grave de ello es que los jueces en este caso concreto no tienen posibilidad de razonar pues la regla que deben aplicar se les indica.

Pero como se crea la norma, cómo llega el juez a determinar racionalmente el principio universal o la regla para aplicar, como es ese proceso mental que determina tal o cual premisa aceptable o idónea para fallar.

Lo que se defiende en este trabajo de investigación es que el juez nunca está llamado a aplicar una norma en sentido positivo a la forma como lo presenta el legislador, es decir, el juez no juzgo como sujeto pasivo o simple mensajero del legislativo. Tampoco el juez aplica la norma de los precedentes establecidos por las cortes u órganos de cierre, que le imponen al juez la forma como debe decidir un caso específico, *bajo la pretensión de que los casos siempre son iguales*. ¿Pueden existir dos casos iguales?, si son iguales, son idénticos y sí esto es posibles, solo sería un caso.

Quiere hacerse la siguiente afirmación, la jurisprudencia es sujeto de interpretación, siendo que la regla o *ratio decidendi*, no es evidente, es necesario extraerla, ejemplo de ello, es la regla del daño a la salud presentada, pues esta no se encuentra como se ha determinad, sino que es una precomprensión propia del proceso hermenéutico que se ha hecho para efectos del desarrollo de esta investigación. Es proclive que la jurisprudencia es un material jurídico o fuente del derecho pero no es derecho, él puede proporcionar una regla pero no es la regla.

En los tiempos actuales estos son y siguen siendo las dos vías para que un juez tome decisiones, o aplica la ley o aplica el precedente, a eso se reduce la

cuestión, en todo caso, el juez desde cualquiera de estas dos perspectiva no razona simplemente aplica, es un operador del legislativo o del juez superior.

Pero el juez, en ningún momento está llamado a ser un objeto dentro del sistema judicial cuando decide; decidir implica un aspecto de racionalidad, por ejemplo tanto un problema personal como judicial, se implica racionalidad, que al mismo tiempo es sinónimo de liberalidad y pensamiento.

Volvamos a la cuestión. Se considera la norma como la premisa, la conclusión, el principio de universalidad, que por ejemplo, se compadece de lo expuesto por Macckormick en relación a la argumentación de primer nivel, en el sentido de punto de partida pero no en cuanto está ahí, esta norma debe ser construida mediante un proceso *hermenéutico*, como primer momento o aspecto de la decisión judicial.

Entonces, para que el juez pueda crear la norma tiene que referirse o mejor remitirse a las fuentes del derecho, sean formales o materiales, a la misma experiencia a los hechos y un sin número de circunstancias, que si bien le dan el piso para su proceso hermenéutico y en cierto momento lo puedan limitar, pues esto es los que hace que este tipo de discurso sea un caso especial desde la perspectiva de Robert Alexy, le posibilitan crear la norma, regla, inferencia, conclusión, premisa o principio de universalidad que decide el caso, por ejemplo la tasación del daño a la salud.

Igualmente, en el sentido de Ricardo Guastini, desde los materiales jurídicos existentes o de la misma experiencia, el juez crea la norma haciendo un proceso hermenéutico, al juez no se le puede imponer la norma que debe aplicar, el juez debe ser libre, ser ético, nunca moral, hombre de posibilidades que tiene frente a sí una infinita de posibilidades para crear norma.

Lo anterior tiene un respaldo empírico, pues si no fuera cierto o mejor racional, el derecho estaría estático, y lo pensado por muchas generaciones que han precedido la existencia contemporánea nos regiría. Siempre que haya movimiento del pensamiento, la reflexión, la deliberación, la éticidad de los hombres, siempre, siempre serán posibles caminos impensables.

Piénsese por ejemplo el tema de la esclavitud, en tiempos remotos fue justificada y hasta era propio de la vida cotidiana, sin embargo aunque hoy se sigan presentando algunas manifestaciones de la esclavitud, no es posible ser aceptada o vivir en perspectiva de la misma.

En tal caso, el juez aplica normas que ha extraído del ordenamiento jurídico vigente sin verse limitado por una regla que él no ha pensado ni mucho menos razonado y que le anula el razonar propia de su actividad, no se puede esperar que un juez razones cuando se le indica lo que debe hacer, lo más que a un juez se le pudiera indicar, sería el hecho de presentarle los materiales jurídicos para que extraiga la norma, entonces, el precedente vendría a ser una fuente o lugar común donde los jueces puede arrimar para indagar y detectar lo que necesitan para extraer tal o cual principio o regla, pero jamás para que aplique lo que allí se le indica.

Esto no quiere decir que un juez determinado no pueda en cierto momento tener presente lo que un juez, sea superior o de su mismo rango, haya planteado frente a un caso, pero carece de toda racionalidad el pretender imponerle a alguien que cuenta con todas las herramientas y especialmente su libertad como derecho fundamental que encuentre otra posibilidad frente al mismo caso, pues si eso no es posible, simplemente se imponen las cosas y se superponen bajo un argumento de autoridad pero que aliena en el sujeto la capacidad de razonar, la posibilidad de crear de aplicar principios y materiales jurídicos que en cierto momento no se hubiesen podido tener en cuenta por múltiples preferencias o

simplemente, por ser cuestiones políticas que se afincan con vehemencia en el lugar de las cuestiones jurídicas.

Un juez siempre está sujeto al razonamiento, a la posibilidad de crear normas, a la posibilidad de ser libre, no está sujeto al legislador o a lo pensado por otro juez, está sujeto como se reitera a pensar el material jurídico existente y extrajurídico como la empirie y eso sí, está sujeto a una posterior defensa de esa norma que pudo crear en tal momento y bajo ciertas circunstancias.

Establecer lo contrario sería como esgrimir que el razonamiento jurídico tiene la pretensión de ser verdadero o falso, dentro del cual no existe otra alternativa y aquel estaría representado en el precedente establecido, y esa posición estaría enmarcado en lo que se conoce como razonamiento *aléticos*, congnotivo, verdadero o falso, esto desde lo planteado por Ricardo Guastini (2014: 225-231).

Lo anterior contradice lo que en esencia constituye el razonamiento jurídico, este se caracteriza por moverse desde la perspectiva de que no es verdadero ni falso, simplemente son razonamientos determinados que tienen la pretensión de ser aplicados en un caso dado pero que posteriormente pueden ser cambiados o complementados. Esto es verdaderamente lo racional, no la pretensión de certeza o absolutez, sino la concepción de un cambio constante en la interpretación o hermenéutica de los materiales jurídicos existentes.

Para Guastini *las normas carecen de valor de verdad*, mientras que las *proposiciones normativas pueden ser verdaderas o falsas*. Siendo esto así el razonamiento jurídico se edifica en normas que no tienen la pretensión de ser verdaderas sino de ser razonadas o razonables, contraria a lo que se puede esperar de un discurso que se estructure desde proposiciones con pretensión de verdadero o falso.

Ahora bien, pueden existir también razonamientos deductivos y no deductivos. Del primero se dice que de las premisas se espera una conclusión equivalente, de los segundos no necesariamente se debe esperar que de la premisas se llegue a una conclusión válida, es decir, bien pudiera aceptarse las premisas del razonamiento no deductivo pero aceptando la conclusión del caso.

El razonamiento jurídico del juez contencioso administrativo al tasar el daño a la salud será válido en tanto *aparezca una norma entre las premisas*, no en cuanto se acojan las reglas o la regla del precedente. A esto Ricardo Guatini ha determinado que se le llama *ley de hume*:

Se llama ley de hume a la regla de la lógica según la cual no se pueden válidamente inferir conclusiones normativas (es decir, normas) de premisas exclusivamente cognoscitivas (es decir, proposiciones) ni, por otra parte, conclusiones cognoscitivas (proposiciones) de premisas puramente normativa (normas). Se sigue de esto que es lógicamente inválido sin más (no concluyente) cualquier razonamiento cuya conclusión sea una norma, pero cuyas premisas sean (todas) proposiciones, como también cualquier razonamiento cuya conclusión sea una proposición, pero cuyas premisas sean (todas) normativas (Guastini Ricardo, 2014. p 228).

Frente a esto el autor citado establece el siguiente ejemplo:

... es lógicamente inválido el razonamiento “Ticio ha prometido pagar a Cayo cien dólares. Por tanto Ticio debe pagar a Cayo cien dólares”, a menos que agreguemos entre las premisas la norma “Las promesas deben ser cumplidas. Y resulta igualmente inválido el razonamiento (no normativo, por otra parte) “Todos los ladrones deben ser castigados. Por tanto el ladrón Ticio ha sido castigado”, a

menos que agreguemos entre las premisas la proposición “La norma “todos los ladrones deben ser castigados” es aplicada”.

Así, la aplicación de este pensamiento al razonamiento del juez contencioso administrativo en la tasación del daño a la salud, tiene validez en cuanto se aplique esta ley lógica, la validez no depende en tanto si se aplica el precedente establecido, es decir la verdad cognoscitiva que el Consejo de Estado ha vociferado desde el año 2011, no, la cuestión es más compleja, la regla que se quiera aplicar debe surgir de la estructura que realmente le da validez a la forma de como un juez contencioso administrativo establece la regla, no si se acoge el precedente del órganos superior, en cierta medida esto es algo accesorio y que aporta poco a la reparación jurídica que debe hacerse a la víctima del daño y como en precedencia se afirmará, responde más a criterios políticos, que afincan y limitan el razonar del juez.

4.2. SEGUNDO MOMENTO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO.

En este apartado se encuentran aquellos argumentos que justifican la norma que el juez haya establecido para aplicar al caso, con el ideal de que la decisión sea aceptada por el respectivo auditorio. Esa creación de la norma mediante un proceso hermenéutico se ha conocido como *justificación interna* y el segundo momento del razonamiento jurídico se constituye como *justificación externa*. Es lo que en Neil Maccormick se conoce como argumentación de primer nivel y de segundo nivel, respectivamente, la una afincada en la razón pura y la otra en la razón práctica, es decir, se tiene en cuenta un principio de universalidad y posteriormente se hace uso de argumentos empíricos.

Aplicando lo anterior a la tasación del daño a la salud, se dirá que el juez contencioso administrativo está llamado a establecer la regla o norma como

resultado de su proceso hermenéutico, posteriormente, en el segundo momento del razonamiento jurídico debe dar inicio al proceso de justificación de la regla con el fin de que ésta, extraída de los materiales jurídicos disponibles sea aceptada.

Por tanto, para consolidación de la presente investigación, es pertinente asomar o presentar la estructura de ese segundo momento del racionamiento jurídico que no es otra que un discurso argumentado, a través de unas técnicas que han sido trabajadas por varios autores de la teoría jurídica y especialmente del campo de la hermenéutica y la argumentación, como es el caso de los teóricos asomados en el segundo capítulo de esta investigación, quienes nos proporcionan el material necesario a fin de establecer los parámetros interpretativo de la tasación de daño a la salud por parte del juez contencioso administrativo en Colombia.

En este segundo momento del razonamiento judicial donde se puede ubicar la justificación externa, aparecen los argumentos no deductivos que en cierto sentido justifican la regla o norma constitutiva de la justificación interna, es decir la inferencia hecha por el juez para resolver la problemática, como es el caso específico de la investigación, la tasación del daño a la salud.

Entre estos argumentos, se tienen que son muy variados, como es el caso de Robert Alexy quien establece seis cánones o normas que sirve al juez para justificar la decisión adoptada en el caso específico. Igualmente, Ricardo Guastini también propone una serie variada de argumentos, los cuales son clasificados como *interpretativos* y *constructivos*, según la función que cumplan en la justificación interna.

Es de aclarar que en el desarrollo de la investigación se asume la propuesta de Guastini, sin embargo, no se puede creer que la intención es dejar a un lado a teóricos como Alexy, entre otros, constituyéndose así la razón por la cual en algún

momento, y como de hecho se ha venido haciendo, se hace referencia a ellos, en aspecto relevantes para la construcción de la propuesta. Entre estos se tienen:

Dentro de los argumentos *interpretativos* planteados por Ricardo Guastni y *que justifican la interpretación elegida-en abstracto o concreta- de una o más disposiciones, que de este modo son aplicadas*, se tienen los siguientes:

- a) El significado común de las palabras. Esta técnica o forma de abordar un problema hermenéutico, no resulta para nada resolutorio en cuanto pueda brindarnos herramientas para sostener una regla, a lo suma indicará que el término en conflicto es dudoso y que a la postre ofrece más de una interpretación, pero no puede con él resolverse nada.

Lo anterior se encuadra en el pensamiento de Ricardo Guastini (2014: 263), es decir, la posibilidad de esta forma de argumentación es que nos plantee el problema sin ninguna posibilidad de resultado para el intérprete.

Rober Alexy (2007: 324) denomina este tipo de argumento como *semántico* y afirma que *pueden usarse para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible, al menos semánticamente*. Se quiere con lo anterior evidenciar el problema y la alternativa para argumentar una norma y que en ese sentido es posible, pero como se anotara es posible que llegue a este aspecto de la cuestión, sin tener incidencia en la solución concreta y deseada.

- b) La intención del legislador. Guastini la refiere a la ley, en la cual, por ejemplo, cuando ésta se refiere a trabajador la voluntad del legislador es referida también a trabajadoras, en ese sentido tal mandato puede ser aplicado indistintamente.

Esta clase de argumentos es llamado por Alexy *genético*, a través del cual se pueden establecer las diferentes razones teniendo en cuenta una estructura silogística que indiquen la condiciones necesarias para que se materializa la intención que se alega.

Argumento a contrario. Así mismo, con esta clase de argumenta se busca hacer uso de la interpretación restringida, contraria a la extensiva. El texto dice claramente lo que se ha dispuesto sin necesidad de ir más allá, es decir, lo que no ha dicho el legislador queda excluido, si la regla habla por ejemplo de ciudadanos, el término o la categoría de extranjero se excluye.

En este tipo de argumento, en la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, es llamado como un argumento especial, al lado de los argumentos *a fortiori* y el *argumento ad absurdum*.

c) Argumento analógico. En este tipo de argumentos lo especial es mirar o establecer las semejanzas sustanciales o definitorias de los conceptos o estados de cosas que se están comparando, en el sentido de que uno de ellos ostenta claridad frente a la norma lo define o deba aplicársele, mientras que el otro carece de norma para que en un momento dado deba se le deba aplicar.

Por ejemplo, Ricardo Guastini afirma que *las bicicletas, aunque no expresamente mencionadas por la ley, son esencialmente similares a las carrazas (a la luz de la ratio legis), de manera que la norma se aplica también a las bicicletas.*

d) El argumento de la disociación. Ricardo Guastini citando a Perelman, afirma que *el argumento de la disociación consiste simplemente en alegar – en favor de una conclusión, según los casos, interpretativo o constructivo-, que dos supuestos de hecho son “sustancialmente” distintos.*

De una parte, se afirma que una interpretación se aplica en concreto a tal cuestión, de la otra, se crea una excepción implícita, que presentará o evidenciará la *derrota de una norma, es decir, la sustitución de la norma en cuestión por una norma distinta (de alcance más restringido.)*. A esta actividad se le denomina como una *operación interpretativa en abstracto*.

Ahora bien, dentro de las posibilidades de justificar la norma se presentan unos argumentos que Guastini llama *constructivos que justifican uno u otro tipo de construcción jurídica*, entre los cuales se tienen:

a) La existencia de una laguna axiológica. Una laguna en derecho se puede definir como “*espacio vacío de derecho*”. De la laguna se dice cuando se tiene identificada la interpretación pero los supuestos de hechos no tienen cabida en las normas establecidas, así que para solucionar esta cuestión es proclive una reinterpretación establecida, sobre la norma se crea una nueva norma, se reinterpreta lo interpretado para solucionar la incertidumbre jurídica.

Para Gusatini las lagunas en derecho se pueden denotar no menos de *tres fenómenos distintos: lagunas normativas, lagunas técnicas y lagunas axiológicas*. Para lo que respecta en este apartado se seguirá lo relativo a la laguna axiológica.

Afirma el autor citado (2014: 146) que se llama “*laguna axiológica*” a la *falta de una norma que – según las subjetivas preferencias éticos-políticas (axiológicas, precisamente) del intérprete- debería estar*.

Dentro de este fenómeno no se determina *un juicio de hecho sino un juicio de valor, no una descripción del derecho como es, sino una crítica del derecho existente y/o una prescripción como debería ser*.

Además, se establece que de una laguna axiológica pueden ser identificadas dos tipos a saber: por un lado, el hecho puede estar regulado por una norma, pero tal regulación es insatisfactoria para el intérprete, por lo que para él falta en el ordenamiento (*no una norma cualquiera, sino*) una norma “justa”: la norma que exigiría su sentido de la justicia; por el otro lado, el supuesto de hecho está regulado por una norma pero contradiciendo otra norma material o axiológicamente superior, por ejemplo, en cuanto a la igualdad, se debe establecer el principio de que la igualdad es entre iguales, y la desigualdad entre desiguales y no pueden regularse todas las situaciones desde la perspectiva de la igualdad sin hacer tal distinción porque llevaría con ello a reconocer derechos que no tienen razón de ser o en su defecto a negarlos.

b) La formulación de normas implícitas. Dentro de las posibilidades de interpretación se encuentra la creadora, dentro de la cual, les es propio el establece o crear normas que nunca han sido formuladas a partir de otras norma explícitas, mediante el razonamiento jurídico. Para Guastini la *interpretación creadora tiende a difuminarse en la construcción jurídica*.

Es relevante tener en cuenta que una norma implícita no encuentra su significado en otro texto normativo. *Se extrae, en general, de una o más normas explícitas (formuladas mediante el razonamiento)*.

Un razonamiento afirma Guastini (2014: 165) es *una secuencia de enunciados, dentro de la cual (al menos) un enunciado desempeña la función de tesis o conclusión, y los restantes desempeñan la función de premisas o argumentos en favor de dicha tesis o conclusión*.

Para el presente caso, es decir para crear una norma implícita, las normas explícitas constituyen las premisas del razonamiento, y la norma implícita constituirá la conclusión del razonamiento. El pensador o intérprete que pretenda

hacer este ejercicio hermenéutico debe tener claridad sobre las normas que sirvan de premisas y la norma que puede extraerse de aquellas, conteniendo su propio sentido, pues lo que se pretende es sin lugar a dudas establecer otra interpretación a la que se tiene, pues la nueva norma contará con toda la independencia del caso.

- c) Colmar una laguna y/o de. Las norma implícitas, es decir, la formulación de las mismas tiene como fin brindar contenido jurídico a un espacio que se encuentra vacío de norma o reglamentación.
- d) Concretar un principio. Desde la perspectiva de Robert Alexy un principio se puede considerar como un *mandato de optimización*, que entre otras cosas depende de las posibilidades fácticas y jurídicas para su concreción, para su realización y con ello el ideal de justicia que se tiene.

Para el maestro Ricardo Guastini aplicar un principio explícito o implícito equivale a concretarlo, *usarlo como premisa en un razonamiento cuya conclusión es (la formulación de) una regla implícita, que constituye su “actuación” o “especificación” y que – en cuanto regla- es, ella sí susceptible a su vez de aplicación en el sentido de precedente.* Los principios por su abstracción se concretan a través de las reglas, pero sirven o son el fundamento para que las mismas puedan ser creadas por el intérprete.

Ahora bien, los principios pueden ser reconocidos en cuanto, por un lado tienen la característica de ser fundamentales y por otro lado que tenga la propiedad e intransferible de ser indeterminados.

- e) La solución de una antinomia. Las antinomias – *existen antinomias en abstracto y en concreto-* se establecen cuando un caso en concreto presenta dos soluciones distintas y opuestas al mismo tiempo, en tal caso es imposibles

de decidir, pues el caso admitiendo dos soluciones puede resolverse en uno o en otro sentido sin que la decisión carezca de sentido.

Supongamos que ante un caso un juez tiene la posibilidad de decidir en un sentido, otro juez o en lo más perplejo, el mismo juez decide en otro sentido un caso del todo análogo, o el mismo caso en la hipótesis que tuviera que resolverlo por primera vez. A esto se le llama antinomia, incoherencia de las normas del sistema jurídico, mientras que la coherencia sería la ausencia de antinomias. Esto es un ejemplo de cuando se puede estar comprometiendo, por ejemplo, el principio de igualdad.

En este aspecto, las antinomias para Guastini son producto de las interpretaciones, pues a partir de ellas es cuando se pueden evidenciar, pero sin embargo, es a través de la misma interpretación como pueden solucionarse.

Ahora bien, casi siempre la antinomia viene desde la perspectiva positiva, así que las mismas normas pueden solucionarlas. Por ejemplo, la técnica sería, en un primer momento mirar la jerarquía de la norma a fin de establecer cuál sería la aplicable al caso; el otro sería por la competencia o por la especificidad de la materia, en un tercer momento el principio cronológico: *la ley posterior deroga la anterior*.

- f) La ponderación cuando existen antinomias entre principios constitucionales. Cuando hay posibilidad de sopesar dos principios constitucionales, se está frente a una antinomia en concreto.

En el pensamiento de Guastini los principios tienen la deplorable tendencia de entrar en conflicto entre ellos, es una vocación necesaria que entre ellos exista la conflictividad, los principios colisionan o chocan entre sí.

Cuando se evidencia el choque o la colisión entre los principios, no se puede pretender solucionar tal estado de cosas como se hace o utilizando la técnica aplicable a la reglas, como por ejemplo, *lex superior, lex posterior y lex especiales*, teniendo en cuenta que los principios son *contemporáneos, tienen el mismo rango en la jerarquía de las fuentes y que las dos clases de hechos regulados por los dos principios no tienen entre sí una relación de género a especie, sino que se cruzan*.

En consecuencia, la forma como se solucionan esta forma de antinomias reales, o mejor la *técnica*, que entre otras cosas es utilizada por los jueces constitucionales, pero que puede en un momento dado ser utilizada por cualquier juez, es no es la empleada en las reglas sino que se le denomina la *ponderación*.

Para Ricardo Guastini (20014: 215) en esta técnica *se trata de poner los principios en conflicto sobre los platillos de una balanza y, por tanto, “pesarlo” para ver cuál “pesa” más, es decir, cual tiene más valor*.

Puede afirmarse que ésta es la técnica generalizada, utilizada por diversos autores contemporáneos como Robert Alexy, y para el caso colombiano, Carlos Bernal Pulido, pero para el autor citado la ponderación consiste en *establecer entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil, que en cierto momento conlleva un aspecto de conciliación*. (2014: 219)

a) Creación de jerarquías entre norma. La idea central es la consideración de que todo ordenamiento jurídico moderno tiene una estructura jerárquica. Por ejemplo el caso colombiano, la *constitución es norma de normas (Constitución: Art. 4.)*. En consecuencia, no todas las normas tienen la misma posición, están *jerárquicamente ordenadas*.

Para el realismo jurídico de Ricardo Guastini (2014: 175 - 177) la jerarquización entre normas se puede establecer desde lo *estructural o formal, material o sustancial*, - *referido al contenido de la norma-*, y *lógicas y lingüísticas*.

b) *Proposiciones fácticas.* Para Guastini (2014: 257) *la verdad de una proposición fáctica (del tipo: "Ticio ha cortado la garganta a Cayo") no puede ser argumentada si no es aduciendo observaciones empíricas (así como conjeturas sobre los nexos causales entre eventos).*

Según el parecer del autor el juez no es libre para comprobar la facticidad de los hechos, como lo haría un científico empírico pues está limitado por un lado, por las normas que regulan la prueba, por otro lado los hechos que el juez comprueba directamente son solo las pruebas, más no los hechos probados.

c) *El precedente.* Es este aspecto, el precedente no denota la interpretación precedente de un texto normativo, sino la solución de un caso análogo. Lo primero es propio de los sistemas jurídicos de origen continental, mientras que lo segundo es consecuencia del sistema del *common law*. Aquí rige la regla de la vinculatoriedad de los jueces de menor jerarquía a las decisiones de los superiores.

La cosa sería de la siguiente forma: *un juez (inferior), al cual se somete un caso análogo a otro ya decidido por otro juez (superior) en una sentencia precedente, debe decidir el caso del mismo modo.* (Gustini: 2014: 258 - 259). La cuestión es que si esto es posible.

Para Gustini el uso del precedente evidencia dos problemas. De un lado se le impone al juez que establezca la *semejanza* entre dos casos. Sin embargo ningún caso es semejante a otro, pues esto depende de lo relevante e irrelevante en uno u otro sentido. No existe regla que le indique a un juez que es lo análogo en uno y

otro caso. *La regla se presta a que se la evada con facilidad, mediante la técnica del distinguishing, que consiste en mostrar como casos aparentemente similares son, “en realidad”, sustancialmente distintos el uno del otro.* (2014:259).

De otro lado, o el segundo problema evidenciado consiste en que el precedente debe ser interpretado para extraer la regla o *ratio decidendi*, que se tuvo a bien para solucionar un caso en el tiempo sido. Esto conlleva a identificar el “núcleo” del razonamiento del juez y más precisamente es identificar la premisa normativa de la justificación interna.

En el pensamiento de Guastini *constituye ratio decidendi cualquier norma jurídica que haya sido expresamente o –como sucede más frecuentemente-tácitamente usada por el juez para llegar a la conclusión.*

En su discurso frente a este problema plantea lo siguiente, que por ser pertinente se presenta así: *la regla del precedente vinculante presupone que todo precedente incorpore una, y solo una, ratio decidendi determinada, susceptible de ser “descubierta”, como un tesoro escondido, mediante una investigación cuidadosa.* Pues si es el caso de la jurisprudencia en Colombia, en muchas de las sentencias, no se hace explícita la regla a explicar, el intérprete o quien necesita establecer debe casi que construirla o rastrearla y hacerla evidente pues no está explícita como en algún momento se pueda pretender.

De hecho, sin embargo, la identificación de la *ratio decidendi* – *al menos siempre que esta no haya sido expresamente enunciada- no es en absoluto un descubrimiento. Es más bien un proceso de “universalización” (un tipo de razonamiento ampliamente estudiado y discutido sobre todo en meta-ética), que consiste en reconducir conjeturalmente una decisión individual bajo una norma general (o universal) que la justifique.*

Estas son las técnicas presentadas por Guastini a fin de justificar argumentativamente la regla establecida por el hermeneuta en el primer momento de la aplicación del pensamiento o razonamiento judicial, en el cual, como quedara evidenciado se edifica en los dos momentos a saber, el descubrimiento y la justificación, o que podría ser lo mismo, un momento hermenéutico y un momento argumentativo.

También es de resaltar, en el momento de justificar la decisión, el interprete puede hacer uso de lo que en precedencia se ha hablado, a sabiendas de que existen una variedad de argumentos interpretativos, al igual que los argumentos constructivos que en una colaboración y aplicación de los mismos se puede establecer la justificación de la reglas que decide el caso.

Lo importante y relevante es saber que el intérprete tenga conciencia que a su vista tiene muchas posibilidades que para él son incognoscibles, pero no queriendo con ello indicar que por ese solo hecho, tales no existan, y presentar una decisión ceñida y carente de argumentos⁸.

Por ejemplo, Alexy habla de la justificación interna y externa, pero no es explícito en cuanto a la forma de la aplicación del razonamiento judicial, no se refiere a la existencia de argumentos *interpretativos* y *constructivos*, mucho menos, por ejemplo a que en el proceso de justificación de las decisiones judiciales exista propiamente un momento hermenéutico y un momento argumentativo.

Y pueden existir más diferencias puntuales, por ejemplo el trato que el autor alemán le da al tema del precedente es favorable, en comparación con la propuesta de Guastini, tanto así que para Alexy este es un canon de interpretación

⁸ Se piensa por ejemplo, aunque no es el caso en la propuesta hecha por Robert Alexy, en su teoría de la argumentación jurídica, que como se reseñara en el primer capítulo y en este mismo capítulo, difiere un poco de la propuesta de Ricardo Guastini, pero como no es el caso de hacer notoria tales diferencias, se indicara una cuestiones muy generales de tal propuesta

a tener en cuenta en las justificaciones de las decisiones judiciales, no así para el pensador italiano.

Sin embargo, se piensa por ejemplo en lo relevante de las propuestas a saber: la variedad de posibilidades al interpretar o justificar una decisión en concreto y que ahora se pasará a dilucidar, a sabiendo que lo central de este capítulo es la concreción de unos parámetros interpretativos del tema del daño a la salud, desde la teoría de la decisión judicial, como se ha propuesto en el objetivo de este trabajo.

Desde la teoría de la decisión judicial y siguiendo ciertos pensamientos de autores determinados, como los que se han presentado en el desarrollo de la investigación, es viable presentar unos parámetros específicos en relación de la tasación del daño a la salud y la posibilidad que no sea el único tipo de daño inmaterial a reconocer diferente al daño moral y a los daños constitucionales, como el buen nombre o a la familia, que tienen su fundamento en la constitución, indistintamente.

4.3 PRIMER CRITERIO INTERPRETATIVO

De acuerdo a lo planteado, el *primer parámetro*, que es válido no sólo para el juez contencioso administrativo, sino que puede ser aplicado por cualquier juez en los estados modernos constitucionales, radica en tener presente que al aplicar el razonamiento judicial lo puede hacer en dos momentos bien específicos y que a la postre le dan libertad en la decisión respectiva.

El primer aspecto de ello es que su razonar se trasluce en el establecimiento de una regla aplicable al caso, por ejemplo en la tasación del daño a la salud, el juez a través de un proceso precomprensivo o hermenéutico elabora la regla que

determine la indemnización del daño y los diferentes tipos del mismo sin estar sujeto más que a su sentido común y su razón jurídico.

En ese primer momento el juez determine la regla, cuestión que consiste concretamente en un proceso mental, cuando se ve frente a una problemática específica y ante la cual debe decidir en un sentido específico.

Una vez agotado ese primer momento, es decir, el juez tiene determinada el sentido de la decisión, debe dar inicio a un segundo momento, el cual ya no es precomprensivo ni hermenéutico, sino argumentativo, se pasa de una cuestión general o abstracto a un momento concreto y específico de la fundamentación de la regla o primer momento en el proceso de la decisión judicial, a fin de poder presentar lo racional de su proceso de aplicación del razonamiento judicial.

Haciendo un paréntesis, este proceso se ha conocido como justificación interna y justificación externa, por ejemplo, en la propuesta de Neil MacCormack, sería la argumentación de primer nivel o deductiva y la argumentación de segundo nivel o práctica que equivaldrían a los dos momentos del razonamiento jurídico que se han mencionado. Igual distinción, aunque en otros términos, ha sido realizada por Robert Alexy.

Volviendo a la cuestión, al segundo momento en la tasación del daño a la salud, es propiamente el espacio que tiene el juez contencioso para argumentar y justificar la regla que ha elaborado en el momento hermenéutico o precomprensivo de la decisión que pretende presentar.

En el momento de la argumentación el juez administrativo tiene muchas posibilidades para sustentar la regla. Por ejemplo, puede hacer uso de los *argumentos o cánones interpretativos*, los cuales justifican la interpretación que se ha elegido. Esta clase de argumentos es variada, entre las cuales se tiene, *el*

significado de las palabras, la intención del legislador, argumento contrario, analógico y argumento de disociación.

Pero la cuestión no para ahí. Además de los cánones interpretativos, también puede utilizar unos argumentos que Guastini llama *constructivos, que justifican uno u otro tipo de construcción jurídica*. Entre estos se tienen, *la existencia de laguna axiológica, formulación de normas implícitas, colmar una laguna, concretar un principio, solucionar una antinomia, la ponderación, creación de jerarquías axiológicas y las premisas fácticas.*

Claramente se nota que el juez en la tasación del daño, para el caso específico no está llamado a atarse a una sola posición, sino que teniendo a su disposición tantas posibilidades, es menester que escoja la mejor regla y la adecuada argumentación que propenda por los derechos fundamentales de la víctima.

4.4 SEGUNDO CRITERIO INTERPRETATIVO

El *Segundo parámetro interpretativo* en la tasación del daño a la salud desde la teoría de la decisión judicial consiste en la escogencia de una técnica entre todas las posibilidades que se han dilucidado en el desarrollo de esta investigación, haciendo al juez más libre en la fundamentación de su decisión, contrario a lo pretendido por el consejo de Estado, cuando impone unos parámetros, que vuelven al juez un ser autómatas, pues como quedó planteada la regla, si bien es cierto que promete un *arbitrio iuris*, esto se convierte en eso, una promesa, pues pone un limitante económico que cierra cualquier posibilidad hermenéutica e interpretativa al juez contencioso.

Una cuestión también que se transparente en estas cales de posiciones es la estratificación de los jueces en el ordenamiento colombiano, viendo así como si

todo se pudiera reducir a un asunto de poder, política, donde se evidencia una relación de *amor y señor*.

Piénsese por ejemplo, en la técnica de disociación, el daño a la persona puede dejarse ver en diferentes dimensiones del sujeto, como por ejemplo, el daño a la vida de relación, el daño a la salud, el daño al proyecto de vida, daño estético, daño sexual, cuestión que puede establecerse de manera autónoma cada una de estas reglas y ser argumentadas, pues la indemnización o tasación por concepto de daño inmaterial diferente al daño moral, alcanzaría plena autonomía en esta clase de daños desde la funcionalidad específica en esa área del ser y la perspectiva ontológica de la víctima.

Esto llevaría también al replanteamiento del tema del precedente, porque se ha dicho que el daño a la salud como *afectación socofísica* recoge los demás afectaciones, sin embargo, es una cuestión empírica e intuicionista que no deja ver la racionalidad del asunto, pues en el estado de cosas, el sujeto es una infinitud de posibilidades, y en esa medida es posible que sea resarcido indistintamente por cada funcionalidad de su ser y no, porque se le ordene al juez que deba hacerlo de esa manera, basado en un indicador político y meramente económico.

Ahora bien, si en el fondo del asunto de la tasación del daño a la salud, la regla se ha construido para que el Estado no siga pagando altas condenas por cuestiones de daños antijurídicos atribuibles a la administración, se debe pensar en la raíz del problema la cual consiste en tener administradores que respondan a los derechos fundamentales de los asociados, y tomar partido con posiciones ideológicas, carente de racionalidad, pues si una regla no puede cambiar, simplemente está anclada en el campo de lo verdadero e imposibilitando cualquier clase de diálogo frente a visiones diferentes y argumentadas desde lo que se pueda interpretar y argumentar por parte del juez administrativo que tiene gran variedad.

4.5 TERCER CRITERIO INTERPRETATIVO

Un *tercer parámetro* interpretativo puede consistir en establecer premisas fácticas como formas de argumentos. Es una propuesta bastante fuerte desde la perspectiva de Robert Alexy.

En este caso, el juez contencioso administrativo puede determinar el comportamiento de los sujetos, la forma como se comportan ciertos individuos ante un estado de cosas, la participación de aquellos en desarrollo del proceso, las pruebas que corroboren ciertas afirmaciones, es decir desde lo fáctico pueden determinarse un argumento en favor de una regla, que difícilmente está contenida en un precedente.

Si bien es cierto, el juez no está en el momento de los hechos, ni puede comprobarlos en la misma proporcionalidad que lo hace un científico, por ejemplo, si puede a través del análisis y deliberaciones relevantes de los mismos, establecer razones que sustenten la regla a seguir.

Ahora bien se quiere resaltar que ante una regla establecida, es necesario avizorar proposiciones fácticas, pues de lo contrario el argumento quedaría incompleto, pues se pasaría de la regla a la conclusión, desconociendo que las reglas cumplen una función específica consistente en verse soportadas y soportar hechos, conductas de sujetos en situaciones específicas.

4.6 CUARTO CRITERIO INTERPRETATIVO

El *Cuarto parámetro interpretativo* consiste en alejarse del precedente jurisprudencial. Esta es una medida bastante racional en cuanto, deja en libertad al juez para presentar o mejor, crear reglas, pues la pretensión de que un juez

comprueba la semejanza de dos casos, es una tarea titánica e imposible, pues si dos casos son se asemejan o son idénticos, uno desaparece, pues dos cosas no son iguales.

Para establecer la semejanza o distinción de dos caos, necesariamente se tiene que recurrir a una cuestión valorativa y decisoria, cuestión que resta racionalidad a la hora de construir la regla, pues un juez en un momento dado puede determinar que tal caso es semejante o es diferente, establecer los aspectos relevantes de uno u otro caso, raya en la carga emotivo e ideológica de los jueces.

Es así como se torna imperioso abandonar el precedente a la hora de fundamentar una regla determinada, pues lo que acontece es que el juez del pasado asume y anula en el juez del presente el primer momento precomprensivo o hermenéutico, imponiendo un pensamiento que responde a ciertas particularidades y que puede desconocer ciertos aspectos relevantes pues no permite introducir nuevas interpretaciones borrando con ella el ser del juez que analiza el caso determinado.

Una cosa bastante discutida es que las decisiones que conforman el precedente deben ser interpretadas a fin de establecer la regla, es decir, hay que rastrear la regla establecida por el juez internamente, casi que descubrirla y puede suceder que haciendo una interpretación de lo interpretado se llegue a establecer otra regla diferente al juez que propone la solución, o mediante el proceso de universalización plantear varias reglas que sirvan para casos completamente diferentes.

Estas cuestiones son abordadas por Alexy (2007) y problematizada en dos técnicas que el autor presenta. Por un lado el *distinguish* y por la otra la del *overruling*. La primera para asumir el precedente y aplicarlo, la segunda para

rechazarlo. Son cuestiones que llevan a pensar lo problemático que es sujetarse a esta clase de argumentos.

Ahora bien, siendo sensatos, consintiendo en que el precedente es una fuente de derecho, está llamada a conforma o tenerla como un material jurídico dentro de otras fuentes, a fin de crear argumentos a favor de una regla, pero no que sea la regla que solucione un caso específico, que sirva como canon o argumento interpretativo dentro del segundo momento del razonamiento jurídico, más no como cuestión hermenéutica del primer momento de la decisión judicial.

4.7 QUINTO CRITERIO INTERPRETATIVO

El quinto *parámetro interpretativo* en la tasación del daño a la salud lo constituye la posibilidad que tiene el juez contencioso administrativo en remitirse a la gran variedad de argumentos interpretativos o constructivos a fin de establecer la mejor fundamentación de la regla que ha creado en la decisión del caso.

Dentro de este parámetro piénsese, aunque el Consejo de Estado ha vociferado desde las sentencias del 14 de septiembre de 2014, fecha en la cual se asumió la tesis del daño a la salud que “el principio de proporcionalidad no se puede aplicar” porque no hay colisión de principios, es viable que mediante la hermenéutica y la interpretación o argumentación propias del razonar jurídica se puedan plantear cuestiones o situaciones en donde el juez determine a través de su pensamiento que evidente hay conflicto de principios y se vea abocado a hacer un balanceo y concretar en medio de la conflictividad cual debe ser aplicado preferentemente.

Ahora bien, es de aclarar que por ejemplo, Robert Alexy no plantea esta técnica dentro de las posibilidades de argumentación externa de la decisión, sin embargo,

ello no quiere decir que no sea posible, pues dentro de las posibilidades de infinitud, bien en algún momento dado puede aparecer.

Lo que se quiere dejar claro es que así como a modo de ejemplo planteo la cuestión de la proporcionalidad, así mismo se pudiera el juez administrativo empoderarse de las otras técnicas interpretativas como constructivas que se han esbozado a grandes rasgos, desde el pensamiento de Guastini.

Cada una de ellas se convierte en una posibilidad inagotable de recursos a la hora del juez poner en operación su razonamiento. Por eso se convierte en sospechoso que a un juez se le quiera poner límites o reglas ya establecidas, cuando constituye un derechos fundamental que el juez sea libre e independiente para fundamentar sus decisiones, cuestión que parece opacarse ante la imposición, por ejemplo que el Consejo de Estado la hace al juez para que tome la decisión basado en una supuesta libertad judicial, pero que en concreto es libre en cuanto obedece a su superior.

Conclusión

Sin pretender agotar un discurso sumamente rico, se ha querido presentar unos parámetros que sirvan al juez al momento de tasar al daño a la salud, afincados en la idea de que el juez es un ser libre, racional, y si se quiere ético, reflexivo, el cual cuenta con una serie de materiales jurídicos, los cuales pueden ser utilizados para crear reglas, en primer momento.

Y este primer momento significa que el juez es un hermeneuta construyendo reglas para decidir cada caso desde una perspectiva precomprensiva, que luego serán fundamentadas a través del proceso argumentativo.

Esta es la esencia del razonamiento jurídico, que bien puede traducirse en lo que desde antaño ha sido trillado en el campo de la argumentación jurídica, y es lo referido a la justificación interna y externa de la decisión, pero no sugerida desde una posición jerárquica por un órgano de cierre, sino construida por quien se está enfrentando al caso en el momento histórico con toda su percepción y carga de lo jurídico desde el ordenamiento vigente.

Existen infinidad de posibilidades desconocidas por los jueces, sin embargo, el hecho de no ser conocidas, descubiertas o aplicadas, no significa ello su inexistencia o renuncia a conocerlas, descubrirlas y aplicarlas.

Ahora bien, cuando se refiere a posibilidades, se denotan situaciones en las cuales los jueces desde unos materiales jurídicos puedan construir argumentos existentes desde lo no experimentable o indicado, pero independientes a cualquier pretensión de imposición argumentativa.

Así las cosas, este sería un camino para la validez de los argumentos de la decisión judicial. Pues, ¿quién dice en que consiste la validez o peso de un argumento? En algunos espacios académicos se dice que existen argumentos de peso en cuanto se sigue una decisión del pasado, sin embargo, el peso de los mismos, le viene por el hecho de seguir u abandonar un precedente, esto en verdad es indiferente, pues en muchas ocasiones se evidencia el cambio de jurisprudencia dependiendo de elementos jurídicos y extrajurídicos en la fundamentación.

El peso o la fundamentación de una decisión en el campo de lo contencioso administrativo, en la tasación del perjuicio inmaterial del daño a la salud diferente al moral o familiar, viene determinado cuando un juez lo tasa, teniendo en cuenta una justificación como consecuencia de la aplicación de su pensamiento jurídico,

al razonar hacia el establecimiento de reglas hermenéuticas y su posterior argumentación.

Por tanto, en este capítulo, se quiso dar unas series de reflexiones en cuanto al razonar de los jueces, en especial el juez administrativo, y hacer una serie de elucubraciones desde la teoría de la decisión judicial, con el ánimo de mostrar otros caminos interpretativos no contaminados totalmente por decisiones políticas con pretensión de ser jurídicas.

Pues, cuando se privilegia lo político, económico e ideológico por encima de lo racional, se menoscaban posibilidades de reconocimiento de derechos fundamentales. Por ello, y en todo caso el Consejo de Estado ha dicho: “la indemnización por concepto del daño a la salud realizada por el juez contencioso administrativo no puede superar los 400 s.m.m.l.v”.

5. CONCLUSIONES

Luego de haber presentado diversos temas relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado y dentro de la misma la tasación del daño a la salud como perjuicio inmaterial diferente al moral y al constitucional, no es la intención, en este apartado hacer una recapitulación de las ideas expuesta, a más se pretende hacer una presentación de los interrogantes, dudas y vacíos que quedan como resultado del desarrollo de la propuesta de investigación.

Fueron tres capítulos desarrollados, bajo la dirección y soporte teórico en la creación o presentación de posibilidades en la estructuración de criterios interpretativos en la tasación del daño a la salud.

Ahora, se piensa y sostiene que desde la teoría de la decisión judicial son impensable las posibilidades a la hora de construir criterios hermenéuticos para fundamentar las decisiones judiciales, por ejemplo, en la propuesto en concreto se piensa en la indemnización de las consecuencias del daño inmaterial, pero este modelo o forma de pensar, bien puede ser usado o tenido en cuenta por cualquier juez ante cualquier caso que amerite una solución.

Por tanto, la pregunta que surge se relaciona con esa imposición acérrima y desmesurada hecho por parte de los órganos de cierre a los jueces de menor jerarquía a fin de que se sigue una directriz, cuando bien, el único límite que debe tener un juez son los materiales jurídicos vigentes, la pretensión de corrección de los argumentos utilizados como fundamento de las decisiones y la aplicación de su razonamiento judicial.

Se presenta entonces la posibilidad de pensar si desde el ordenamiento jurídico vigente, los jueces pueden ser categorizados en su ejercicio de pensamiento. La Constitución Política de Colombia de 1991 determina unas instancias judiciales, más no limita el pensamiento de un sujeto que entre otras cosas, tiene derechos constitucionales, entre ellos a pensar y proponer soluciones conocidas o desconocidas por la comunidad jurídica, pero que en todo caso existen. Este un punto que debe ser abordado por la academia, y sopesar las implicaciones de concebir un juez en estos términos, pues no se entiende crearle cargas a un adicionales a las impuestas por el ordenamiento jurídicos, basta con esto y con que el juez, siempre tenga la disposición de pensar lo sometidos a su jurisdicción desde el derechos de las partes en desarrollo del proceso.

A lo anterior se le puede salir al paso, sin embargo lo postulado, simplemente tiene relación a la cuestión de que los límites del juez están diseñados o inmerso en la constitución, las leyes y todo el material, aún el precedente, pues este es proclive a ser interpretado a la hora de ser usado.

Cuando se alude a la pretensión de corrección significa que todo juez desea la aceptación de sus argumentos, es decir, simplemente cuando una decisión está fundamentada se quiere con ella que lo propuesto se asuma y soluciones el problema sin tener reproches o si los llegase a tener, se mantuviera.

¿Cómo están razonando los jueces en Colombia? La respuesta a este interrogante sería una cuestión pendiente y muy significativo para el desarrollo de la teoría jurídica, pues en este país se investigan muchas cosas, menos estas cuestiones y se da por supuesto, que quienes deciden los casos judiciales están completos, sin embargo no es del todo cierto proceder de esa forma, hay asuntos que los investigadores colombianos deben asumir, no se puede pretender que sujetos de otras latitudes han el trabajo. Otros países hacen sus trabajos, Colombia tiene la tarea pendiente.

Es tan importante lo precedente para interpretar, en este caso la teoría del daño, pues prácticamente lo abordado en el desarrollo de la investigación, consiste en determinar cómo pensando se puedan crear posibilidades racionales bajo ciertas reglas del pensamiento y la materialidad del asunto. Por ejemplo existe una forma *estándar* en Colombia sobre la tasación del daño a la salud, más no es posible otra forma de fundamentar una decisión sobre este aspecto, pues no es permitido salirse de los márgenes que se ha afincado y solidificado de tal manera que parecen inamovibles. En el estado de cosas un juez no puede pensar diferente, pues hacerlo es llegar a conclusiones diversos bajo argumentos diversos, que simplemente no le están permitidos. Se piensa y está en el imaginario de la comunidad jurídica que bajo esta limitante impuesta por el órgano de cierre de lo contencioso administrativo, las indicaciones se han dado y simplemente queda asumirlas, en esta perspectiva no es posible llegar a otra parte usando caminos diferentes por el juez.

¿Qué es lo subyacente a la aceptación de que alguien piense diferente a mí? En el texto presentado se ha hecho una insinuación consistente en el aspecto y fundamento económico en el cual sean estructurado y solidificado los decisiones y la nueva teoría del daño a la salud.

Sin embargo se manifiesta que el objetivo de esta investigación no era determinar si los elementos interpretativos de la nueva teoría se enmarcan desde lo mencionado o si por el contrario su fundamento en el derecho y el razonar. Esta es una situación que espera ser investigada, pues lo que se espera de una decisión es su fundamentación en derecho y no en economía ni política y más cuando se pueden ver vulnerados ciertos derechos fundamentales de las víctimas del perjuicio.

Estos son aspectos relevante que han surgido de la presente investigación, y que si bien no fueron abordados en el desarrollo de la misma, no significa que no

deban abordarse si se quiere tener una comprensión y teorización académica del tema del perjuicio indemnizable por parte del Estado Colombiano.

Antes de finalizar este apartado, es importante establecer dos cuestiones que por el hecho de no haberse mencionado, les reste importancia. La primera de ellas tiene que ver con la forma como se construye un argumento judicial y la fuente de esa actividad. La segunda, la mirada que le debe la academia a la teorización del daño a la salud.

Por construcción de un argumento se entiende los dos momentos a saber, el primero anclado en el aspecto hermenéutico de la precomprensión en el cual se establece la regla y el segundo la construcción de los argumentos que fundamenten las reglas que se ha elaborado en precedencia.

Ahora bien, por fuente de esta forma de pensar, se hace referencia a que el tipo de argumentación desvelada en lo establecido por el Consejo de Estado, simplemente tiene en cuenta, o en el mejor de los casos privilegia una argumentación deductiva o racional, dejando de lado la argumentación inductiva, material, problemática y de donde se dice el derecho hace parte de esta clase de proceder, pues quien pretenda basarse en un principio de universalidad sin tener en cuenta el aspecto de la materialidad de las cosas, puede presentar una argumentación incompleta.

Y quiero despedir el asunto, afirmando que el tema del daño en una sociedad desorganizada y primitiva como la colombiana amerita una teorización por parte de la academia desde el ser y la materialidad de lo que somos y de la forma en que los sujetos de derechos constitucionales son puestos en riesgo por el Estado en desarrollo para la consecución de sus fines.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, RONALD.(2010). Los derechos en serio. Barcelona: Ariel.

GIL BOTERO, Enrique. (2011) Responsabilidad Extracontractual del Estado. Quinta Edición. Bogotá: Temis

GIL BOTERO, Enrique. (2006)Temas de responsabilidad extracontractual del estado. Bogotá: comlibros,

ALEXY, Robert. 2007. Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Lima: Palestra.

ATIENZA, Manuel. 2003. Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. México: Unam,

BUSTAMANTE, Álvaro. 2003.La responsabilidad Extracontractual de Estado. Bogotá: Leyer,

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 19.031. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, Septiembre 14 de de 2011.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 22. 163. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, Marzo 28 de 2012.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 38. 222. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, Septiembre 14 de de 2011.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 40.803. Magistrado Ponente Jaime Alberto Santofimio Gamboa, Febrero 12 de de 2014.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Julio Valencia Copete, Mayo de 2008.

CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina? Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

DWORKIN, RONALD. 2008. El imperio de la Justicia. De la teoría del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Barcelona: Gedisa,

FERNÁNDEZ SESSAREGA, Carlos. 1993. Daño y protección a la persona humana. Buenos Aires: Ediciones la roca,

GIL BOTERO, Enrique. 2012. El daño a la salud en Colombia - retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. En: Revista digital de derecho administrativo, N.º 8, segundo semestre/2012, pp. 89-145.

GONZÁLEZ, M. Antonio J. (1999/2000) Casos difíciles y derecho como integración. (estudio sobre la teoría jurídica filosófica de Ronald Dworkin). En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, pp. 57-66.

HART, H.L.A. 1961. El concepto de derecho. Buenos Aires: Abelado-Perrot,

HENAO, Juan Carlos. 1998. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

KOTEICH KHATIB, Milagros. 2012 La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

M^{ra} CAUSLAND SANCHEZ, 2008. María Cecilia. Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

MARÍN HERNANDEZ, Hugo Alberto. 2007. Discrecionalidad Administrativa. Bogotá: Externado de Colombia.

NAVIA ARROYO, Felipe. 2000 Del daño moral AL DAÑO FISIOLÓGICO ¿UNA EVOLUCIÓN? Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PARRA S, D. Andrés. 2013. El danno alla salute y el llamado danno biológico a la luz de los daños corporales. En: Ars Boni et Aequi (Año 9 n° 1),. pp. 173-183.

MACCORNICK, Neil. (2010). Argumentación e interpretación en el derecho. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 33 ISSN: 0214-8676 pp. 65-78.

PÉREZ, J. María D. Principios y Reglas: Examen del Debate Entre R. Dworkin y H.L.A. Hart. En: Revista de Estudios Jurídicos n° 10/2010. (Segunda Época) ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén España.

RODRIGUEZ, Cesar. 2008. El debate Hart – Dworkin. Estudio Preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre.

RODRIGUEZ, Cesar. 2008. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Duncan Kennedy. Estudio Preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre.

RODRÍGUEZ, S. Ferney. (2009). Tres imperativos categóricos para una correcta decisión judicial: jurid. Manizales (Colombia), 6(1): 69 - 78, ISSN 1794-2918.

RODRÍGUEZ, S. Ferney. 2009. Tres imperativos categóricos para una correcta decisión judicial: jurid. Manizales (Colombia), 6(1): 69 - 78, enero-junio 2009 ISSN 1794-2918.

ROZO SORDINI, 2002.Paolo Emanuel. El Daño Biológico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GUASTINI, Ricardo. 2014. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Lima: Palestra. 2007.

ATIENZA, Manuel. Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. México: Unam, 2003

BUSTAMANTE, Álvaro. La responsabilidad Extracontractual de Estado. Bogotá: Leyer, 2003

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 19.031. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, Septiembre 14 de de 2011.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 22. 163. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, Marzo 28 de 2012.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 38. 222. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, Septiembre 14 de de 2011.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 40.803. Magistrado Ponente Jaime Alberto Santofimio Gamboa, Febrero 12 de de 2014.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Julio Valencia Copete, Mayo de 2008.

CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina? Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

DWORKIN, Ronald Los derechos en serio. Barcelona: Ariel. 2010

DWORKIN, RONALD. El imperio de la Justicia. De la teoría del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Barcelona: Gedisa, 2008

FERNÁNDEZ SESSAREGA, Carlos. Daño y protección a la persona humana. Buenos Aires: Ediciones la roca, 1993

GIL BOTERO, Enrique. El daño a la salud en Colombia - retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. En: Revista digital de derecho administrativo, N. ° 8, segundo semestre/2012, pp. 89-145.

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Quinta Edición. Bogotá: Temis 2011

GIL BOTERO, Enrique. Temas de responsabilidad extracontractual del estado. Bogotá: comlibros, 2006

GONZÁLEZ, M. Antonio J. Casos difíciles y derecho como integración. (estudio sobre la teoría jurídica filosófica de Ronald Dworkin). En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, pp. 57-66. 1999/2000

GUASTINI, Ricardo.. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014

HART, H.L.A.. El concepto de derecho. Buenos Aires: Abelado-Perrot, 1961

HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998

KOTEICH KHATIB, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2012

M^{ra}CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2008

MACCORNICK, Neil. Argumentación e interpretación en el derecho. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 33 2010 ISSN: 0214-8676 pp. 65-78.

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Bogotá: Externado de Colombia. 2007

NAVIA ARROYO, Felipe. Del daño moral AL DAÑO FISIOLÓGICO ¿UNA EVOLUCIÓN? Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000

PARRA S, D. Andrés. El danno alla salute y el llamado danno biológico a la luz de los daños corporales. En: Ars Boni et Aequi (Año 9 n° 1), 2013 pp. 173-183.

PÉREZ, J. María D. Principios y Reglas: Examen del Debate Entre R. Dworkin y H.L.A. Hart. En: Revista de Estudios Jurídicos n° 10/2010. (Segunda Época) ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén España.

RODRÍGUEZ, Cesar. El debate Hart – Dworkin. Estudio Preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre. 2008

RODRÍGUEZ, Cesar. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Duncan Kennedy. Estudio Preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre. 2008

RODRÍGUEZ, S. Ferney. Tres imperativos categóricos para una correcta decisión judicial: jurid. Manizales (Colombia), 6(1): 69 - 78, 2009 ISSN 1794-2918.

RODRÍGUEZ, S. Ferney. Tres imperativos categóricos para una correcta decisión judicial: jurid. Manizales (Colombia), 6(1): 69 - 78, enero-junio 2009 ISSN 1794-2918.

ROZO SORDINI, Paolo Emanuel. El Daño Biológico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002