unab
Universidad Autónoma de Bucaramanga

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

VIGILADA MINEDUCACIÓN

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y CASOS TRÁGICOS

MAURICIO ENRIQUE RODRÍGUEZ DELGADO
CARLOS ARTURO DUARTE MARTÍNEZ
MARÍA ANDREA FIGUEROA ALFONZO

ISBN (e) 978-958-52275-0-7

unab
Universidad Autónoma de Bucaramanga
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
VIGILADA MINEDUCACIÓN

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y CASOS TRÁGICOS

MAURICIO ENRIQUE RODRÍGUEZ DELGADO
CARLOS ARTURO DUARTE MARTÍNEZ
MARÍA ANDREA FIGUEROA ALFONZO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
ISBN (e) 978-958-52275-0-7

Bucaramanga, Junio 22 de 2019

JUAN CAMILO MONTOYA BOZZI
Rector

EULALIA GARCÍA BELTRÁN
Vicerrectora académica

GILBERTO RAMÍREZ VALBUENA
Vicerrector administrativo y financiero

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ
Decano facultad de ciencias políticas y jurídicas

MAURICIO ENRIQUE RODRÍGUEZ DELGADO
CARLOS ARTURO DUARTE MARTÍNEZ
MARÍA ANDREA FIGUEROA ALFONZO
Autores

LUZBENIA OSORIO
Edición

RICARDO JARAMILLO PULGARÍN
Corrección de estilo

PUBLICACIONES UNAB
Producción

Universidad Autónoma de Bucaramanga
Avenida 42 Nº 48 -11
Bucaramanga, Colombia
www.unab.edu.co

Las opiniones contenidas en esta obra, no vinculan la Institución, son exclusiva responsabilidad de los autores dentro de los principios democráticos de la cátedra libre y la libertad de expresión consagrados en el artículo 3º del Estatuto General de la Corporación Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Índice General

INTRODUCCIÓN 9

Capítulo I

EL CASO TRÁGICO EN LA TRADICIÓN JURÍDICA DE OCCIDENTE **15**

1.1. La tragedia griega 15

1.1.1. Antígona 16

1.1.2. La muerte de Sócrates 17

1.1.3. El mito de Escila o Caribdis 19

1.2. El positivismo jurídico: ¡afuera los dilemas! 20

1.3. El post-positivismo: el Estado constitucional y la vuelta de los valores al derecho 23

1.3.1. Casos difíciles: la no renuncia a obtener una respuesta correcta 24

1.3.2. La argumentación jurídica para los casos difíciles: la decisión razonable 25

1.3.2.1. Racionalidad estricta 28

1.3.2.2. Equilibrio mínimo 29

1.3.2.3. Aceptación por la comunidad 33

Capítulo II

CASO TRÁGICO: ELEMENTOS CONCEPTUALES **35**

2.1. Superposición total-total entre los supuestos de hecho de los principios que colisionan en un caso en concreto 36
2.2. Insatisfacción de exigencias mínimas o afectación al núcleo esencial a uno de los principios que colisionan 38
2.3. Absolutización del principio que se desarrolla en la resolución del caso trágico 40
2.4. El caso trágico como límite a la racionalidad jurídica y la regla del "menor daño constitucional" 41
2.5. La conciliación como alternativa a la ponderación irresoluble 44

Capítulo III

CASO TRÁGICO: ¿SOLO EN EL ÁMBITO JUDICIAL? **45**

3.1. El escenario judicial como campo tradicional de comprensión del caso trágico 45
3.2. Manuel Atienza frente al caso trágico 47
3.2.1. Los primeros pasos 47
3.2.2. La idea madura de caso trágico 52
3.3. La constitucionalización del derecho que regula la función administrativa 53

Capítulo IV

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL BAJO ANÁLISIS **57**

4.1. Un caso trágico en un proceso concursal 57
4.1.1. Componente fáctico 57

4.1.2. Las decisiones de los jueces de instancia 58
4.1.3. Argumentación y decisión de la Corte Constitucional 58
4.1.4. Análisis 62

4.2. Hermafroditismo en el impúber 63
4.2.1. Supuesto fáctico 63
4.2.2. La decisión del juez de instancia 64
4.2.3. Argumentación y decisión de la Corte Constitucional 64
4.2.4. Análisis 67

4.3. El caso Verónica 68
4.3.1. Componente fáctico 69
4.3.2. Las decisiones de los jueces de instancia 71
4.3.2.1. En el caso Serena 71
4.3.2.1. En el caso Verónica 72
4.3.3. Argumentación y decisión de la Corte Constitucional 72
4.3.3.1. La regla jurídica 72
4.3.3.2. Aplicación al caso Verónica 77
4.3.6. Análisis 80

4.4. Un creyente en su odisea 83
4.4.1. Componente fáctico 83
4.4.2. La decisión del juez de instancia 84
4.4.3. Argumentación y decisión de la Corte Constitucional 85
4.4.3.1. La configuración de los principios en pugna 86
4.4.3.2. El precedente constitucional sobre la tensión entre libertad religiosa y derecho a la salud 88
4.4.3.3. Aplicación de la regla jurídica 89
4.4.3 4. El salvamento de voto 92
4.4.4. Análisis 93

CONCLUSIONES 101

Referencias bibliográficas 105

A la memoria del profesor

Alonso Carrascal Conde

Introducción

La doctrina colombiana no ha tenido interés en discutir la existencia de los casos trágicos. Ciertos doctrinantes extranjeros –siendo minoría– han realizado desarrollos teóricos para afirmar su vida dentro de la argumentación jurídica. Sin embargo, esos trabajos son dispersos. Esto llevó a desarrollar, dentro del Grupo de Hermenéutica Jurídica del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas Laureano Gómez Serrano de la UNAB, la investigación cuyos resultados se presentan, que se obtienen alrededor del problema de investigación formulado así: ¿Cuál ha sido la postura de la Corte Constitucional frente al "caso trágico"?

En este libro se caracteriza el caso trágico como un problema que solo emerge con el post-positivismo o neoconstitucionalismo; y a partir de la teoría estándar de la argumentación jurídica, que lo identifica como un límite a la racionalidad jurídica en cuanto a que la colisión de principios en que surge no puede ser resuelta bajo la égida de la ponderación por proporcionalidad, se proponen tres elementos que le dan identidad conceptual en el ámbito de la argumentación jurídica: (i) superposición de los supuestos de hecho de los principios que colisionan en el caso en concreto, (ii) no satisfacción de las exigencias mínimas de tales principios, en mayor o en menor medida a través de los cursos

de decisión posibles, y (iii) la absolutización del principio que prevalece en la decisión, que implica a su vez la afectación total del principio contrario. Estos elementos permiten identificar a la tragedia en un caso jurídico, que puede presentarse incluso fuera del ámbito judicial. También se recala en la regla del menor daño constitucional y en la conciliación, como parámetros hermenéuticos que deben guiar la resolución del caso trágico.

Estos tres elementos que califican a un caso como trágico tienen una relación consecuencial, de modo tal que la ocurrencia de cada uno debe establecerse para el estudio del siguiente. Por su relación entre sí, dichos elementos se formulan como una *checklist* a partir de la cual se pueden analizar casos que deben ser decididos para así establecer si son o no trágicos.

También, dentro del esfuerzo de caracterizar el caso trágico se excluye su condición de caso judicial, condición que implícitamente la doctrina le ha afirmado. Para ello se defiende la posibilidad de que las autoridades administrativas puedan enfrentarse a la resolución de casos trágicos. Para tal fin se realiza una exploración y crítica a la doctrina internacional que centra su estudio del caso trágico como un asunto de los jueces, en especial de las obras del profesor Manuel Atienza. Además, se resalta que la existencia de casos trágicos administrativos se deriva de los retos que le plantea el Estado social de derecho al ejercicio de la función administrativa, que lleva a alejarla de los postulados clásicos del principio de legalidad, y le exige la realización de actividades de planeación en donde pueden colisionar principios constitucionales. El reconocimiento de la existencia del "caso trágico administrativo" también es resultado de considerar que la realización de la justicia no solo corresponde a los jueces, sino también a las autoridades administrativas.

En particular, se presentan los resultados luego de analizar cuatro sentencias de tutela de la Corte Constitucional colombiana: las T-458 de 1997, SU 337 de 1999, T-292 de 2004 y T-052 de 2010. El análisis de cada una de estas sentencias se hace discriminando: (i) sus características fácticas, (ii) las resoluciones dictadas por los jueces de instancia, (iii) la argumentación que justifica la decisión final de la Corte, y (iv) la evaluación de la decisión a partir de la lista de chequeo. Estos pasos para acometer el análisis no son caprichosos: los casos trágicos son problemas de la vida humana o social que llevados al derecho lo hacen inaplicable como medio para alcanzar decisiones razonables. Así se reconstruye el proceso decisorio en cada resolución judicial para establecer si la tragedia invadió la actividad de la Corte Constitucional.

En la Sentencia T-458 de 1997 la Corte Constitucional reconoce que se enfrenta a un caso a su cargo como trágico. Expedida en un tiempo cercano a la aparición del principal texto publicado por Atienza sobre el tema, la Corte utiliza el "principio" de menor daño constitucional para justificar su decisión de ordenar el no pago de las acreencias laborales de los trabajadores de una sociedad comercial que está en liquidación, ante la merma de su patrimonio que solo podía cubrir las deudas adquiridas frente a los pensionados. La consideración misma de la Corte de estar ante un caso trágico es sometida a crítica debido a que no se tenía certeza sobre la real e igual condición de cada demandante, y se dejó de estudiar la posibilidad de pagar, por ejemplo, la mitad de lo adeudado a cada pensionado y trabajador.

Enseguida se expone el análisis de la Sentencia de Unificación 337 de 1999, como un buen dilema que surge por la falta de certeza de los efectos que pueden tener las decisiones judiciales en el ámbito de la salud, pero no que lleva a la configuración

de un caso trágico debido a que no hay una afectación de las exigencias mínimas de los derechos involucrados.

Luego se aborda el caso análisis del caso Verónica: Sentencia T-292 de 2004. El interés en esta sentencia se debe en ciertas similitudes fácticas con el famoso caso Verónica, presentado como un caso inconmensurable o trágico para el derecho constitucional italiano por Zagrebelsky (2011). Aunque no llegan a ser análogos, los casos Serena y Verónica tratan sobre la figura del hijo de crianza, que en Colombia ha tenido un desarrollo jurisprudencial y no legal. A partir de la decisión de la Corte Constitucional, se concluye que el Caso Verónica no es para el derecho constitucional colombiano un caso trágico. Esto se debe a que la Corte Constitucional a partir del principio de interés superior del niño, ha entendido que el derecho del hijo de crianza a permanecer con su familia de crianza puede ceder si dentro del proceso de adopción ordenado para superar su situación irregular se presenta una familia con mejores condiciones para la satisfacción de sus derechos fundamentales. La anotada absolutización de los principios que colisionan, seña distintiva del caso trágico, no ocurre en los casos de hijos de crianza en Colombia.

Finalmente, se analiza la Sentencia T-052 de 2010 en la que la Corte Constitucional resuelve la petición de un testigo de Jehová de realizarle, como praxis alternativa a la transfusión de sangre que contraría su credo religioso, un tratamiento con una medicina sin registro INVIMA, que es paliativo. A pesar de que las transfusiones de sangre de los testigos de Jehová son casos tratados por la jurisprudencia y la doctrina como difíciles, el estudio de la Sentencia T-052 de 2010 en una investigación sobre casos trágicos se aborda debido a que la Corte Constitucional, a

la vez que el demandante, se niega a aceptar la probable muerte del actor por sus convicciones religiosas y trata de hallar un curso decisional que le permita seguir viviendo sin renunciar a su credo religioso. Se concluye que aunque la eventual muerte del demandante sería consecuencia directa de sus decisiones, la tragedia que él vive no responde a la de la categoría del caso trágico pues los derechos a la autonomía personal y libertad religiosa que sustentan la negativa al tratamiento contrario a su credo religioso, no se desarrollan a costa del derecho a la salud. Si bien existe un dilema, este involucra al demandante quien debe escoger entre permanecer fiel a sus convicciones o cambiar a otras que sean compatibles con el transfundir sangre.

CAPÍTULO I

El Caso Trágico en la Tradición Jurídica de Occidente

1.1. La tragedia griega

En Grecia, donde puede decirse que nace la cultura occidental propiamente dicha, se acude a un género teatral –*la tragedia*– para representar su tradición, intrínsecamente vinculada a las contradicciones del mismo ser humano, representadas en extremos que resultan incompatibles, resolviéndose dicha tensión de manera dramática y con un resultado nefasto para quienes se involucran en ella.

Ella servía a los griegos para entender la manera de comportarse hasta la finalización de los tiempos, para depurarse a sí mismos, limpiando sus vicios, a fin de fortalecer el alma griega. La tragedia era la extracción del ser íntimo de lo griego, lo nacional, un aspecto más que los distingue de los bárbaros. Antígona y Sócrates son ejemplos claros de esta tragedia, que paradójicamente se resuelven de manera contraria. Veamos:

1.1.1. Antígona

Es en el mito de Antígona donde aparece la tensión sobre cuál derecho aplicar: el natural o el humano, es decir, el derecho positivo. La situación dilemática para Antígona, se origina en la constante lucha de sus dos hermanos varones por el trono de Tebas. Tras romper Etoecles el pacto hecho con Polinices según el cual se turnarían el trono periódicamente, se desata una guerra entre ellos. El segundo acude a Argos, una ciudad rival, para intentar la toma del poder. Al final la guerra concluye con los dos hermanos muertos en batalla, por lo que Creonte se convierte en rey de Tebas y en castigo a la traición de Polinices hacia la ciudad prohibió su entierro digno, contradiciendo con ello la tradición de los dioses, es decir, el derecho natural, la costumbre, la *mores* que ordenaba dar sepultura a los seres queridos, a fin de que el alma no vagara eternamente.

Antígona debía tomar una decisión: elegir entre cumplir las leyes de los hombres o las leyes de la tradición, de allí que esté ante una situación dilemática, ya que no puede obedecer ambas normatividades, pues estas se excluyen entre sí. Antígona decidió obedecer a los dioses y a la tradición, y dio sepultura a Polinices, por lo que fue condenada a muerte.

Pero antes de ejecutarse la orden se ahorcó, por lo que Hemón, su prometido, intentó matar a su padre (Creonte) y tras errar se suicida. Eurídice, esposa de Creonte y madre de Hemón al saber que su hijo se ha suicidado decidió hacer lo mismo, lo que significó un gran dolor para Creonte, quien al final se da cuenta del error de haber contradicho a través de sus decisiones, a la ley de los dioses.

Aunque Herreras (2010) dice que Antígona no es una propuesta apropiada ya que la pugna se da es entre el "derecho vigente" y el "derecho ideal" en la medida en que "la posición de Creonte no es arbitraria ya que emana de una autoridad legítima; tampoco la de Antígona, porque lo hace del más profundo y ancestral sentido de justicia…" (p. 210), debe advertirse que es un buen ejemplo de los problemas y consecuencias que se derivan de la imposibilidad de aplicar dos normas que se excluyen irremediablemente.

Sin embargo, esas normas que resultan excluyentes en su aplicación pertenecen a dos órdenes normativos diferentes. Cada uno internamente no presenta desarmonía. Se adelanta, que la idea de caso trágico en el Estado constitucional se presenta en un solo orden normativo: el derecho positivo, pues los valores que irresolublemente colisionan pertenecen al mismo sistema normativo.

1.1.2. La muerte de Sócrates

En la época clásica, después del 600 a. C., vendrá el siglo de Pericles el de la democracia ateniense, el asentamiento racional del conocimiento humano y aparecerán los presocráticos, los filósofos de la naturaleza, los filósofos del cosmos, entre ellos Anaximandro, Anaxímenes, Heráclito, Demócrito, Zenón de Elea, Pitágoras, Tales de Mileto de las escuelas eleática, jónica, de Mileto y pitagórica que florecen entre el 600 y el 480 a. C. Ellos se encargaron de cimentar el racionalismo en el entendimiento de lo que está pasando en el mundo físico y empiezan a buscar explicaciones científicas no meramente especulativas, ni

mitológicas, ni metafísicas. Por esa época la tragedia empieza a ser representada en el teatro griego, el Dionisios de Atenas. La tragedia antigua se toma el Olimpo.

Pocos años después y en la decadencia de la democracia aparece Sócrates, quien enseñaba el volver a la virtud, a la decencia, a buscar el conocimiento como lo más importante, a la estética. Mientras que los filósofos presocráticos hablaban del universo, Sócrates empezó a discernir sobre el ser y a enseñar sobre la virtud a los jóvenes de Atenas, lo que golpea a la dirigencia política del momento, por el mensaje que les llevaba: ser descreídos y escépticos frente al conocimiento. En este escenario los sofistas lo acusan de corrupción de menores y de impiedad. Era el 399 a. C. y el Tribunal de los Quinientos juzga a Sócrates y lo condena a muerte.

En la noche antes de su ejecución, sus amigos y discípulos intentaron persuadirlo de su fuga, pero él no estuvo de acuerdo y manifestó su decisión ser coherente y morir respetando lo que siempre creyó. Ante su posición, uno de los presentes le manifestó su desacuerdo fundado en la injusticia que significaba su muerte, a lo que Sócrates arguyó, que lo más justo era respetar la ley, que lo verdaderamente injusto sería violarla, y por ello decidió tomar cicuta. Como griego, Socrátes entendía con la *isegoría* que su libertad de participar en los asuntos públicos descansaba sobre el deber de no estar atado a nada más que a la ley, de allí que “al no obedecer los mandatos de ningún hombre los griegos se hacían esclavos de sus normas… La decisión de Sócrates de permanecer en Atenas después de ser condenado a muerte, teniendo la oportunidad de huir, hace de su ejemplo el paradigma de la virtud ciudadana” (Vallejo, 2017,

p. 74). No podía Sócrates decidir escapar de la decisión de un órgano democrático como el Tribunal de los Quinientos.

A pesar que para Sócrates su situación no se presentaba como un dilema –sino una consecuencia de vivir en la polis–, su actitud sí resultaba dilemática para los demás, quienes apostaban por lograr una mejor justicia que lo decidido por la heteronomía.

1.1.3. El mito de Escila o Caribdis

La vivencia griega que tiene más relación con el caso trágico es el paso entre Escila y Caribdis, monstruos mitológicos que se ubicaban, según se cree, en el estrecho de *Messina*.

Caribdis era un monstruo submarino que succionaba el agua creando remolinos que arrastraba todos los barcos que estuvieran cerca, para devolverlos tres días después como naufragios. Escila por su parte tenía seis cabezas grotescas que devoraban lo que estuviera a su alcance. Lo trágico de este paso radica en que no se podía escapar a alguna de ellas; esto solo lo hicieron los argonautas con ayuda de Tetis.

Homero relata que Ulises en su retorno a Ítaca debía afrontar a estos monstruos, por lo que acude a Circe, su protectora, quien le advierte que no podría alejarse de uno sin acercarse al otro. Así, ella le aconseja pasar más cerca de Escila que de Caribdis, pues aunque perdería seis de sus hombres, uno por cada cabeza, su barco no naufragaría tragado por Caribdis y podría terminar su viaje.

Y aunque Ulises fue advertido de no poder evitar dicho resultado dañino, su condición humana reniega a la adversidad, por lo que calló esta situación a sus hombres, no aceptó la premonición de Circe y prefirió armarse para combatir a Escila: obtuvo la anunciada derrota, seis de sus hombres perecieron.

Este daño si bien es importante, es menor a sufrir un naufragio. Aquí se encuentra el antecedente de la regla hermenéutica del menor daño constitucional, de la que luego se hablará, como una de las fórmulas para la resolución de los casos trágicos.

La vivencia griega pues deja para la humanidad la enseñanza de que en determinados casos el hombre se enfrenta a situaciones en donde las alternativas son incompatibles, sin espacio para posibilidades intermedias.

1.2. El positivismo jurídico: ¡afuera los dilemas!

El positivismo liberal burgués y el mismo Kelsen apostaron por el Derecho positivo como única fuente regulatoria de las conductas de las personas, y extrajeron los valores morales de la decisión judicial –de manera muy diferente eso sí– y con ello eliminaron la posibilidad de identificar dilemas jurídicos. El primero de ellos restringió la consideración jurídica de los valores a las discusiones legislativas previas a la creación de la ley y la exégesis sirvió como garantía hermenéutica. El austriaco los extrajo del derecho mismo.

Además, solo siendo válido el Derecho positivo sin importar lo dispuesto por cualquier orden normativo superior trascendente

de corte *iusnaturalista*, las incompatibilidades entre dichos sistemas normativos no podían darse.

En efecto, los burgueses para el naciente Estado legislativo de derecho propiciaron un movimiento codificador "vinculado al derecho natural racionalista, a la voluntad nacional con pretensión de unificación, así como a los valores de la burguesía 'revolucionaria': laicidad, individualismo e igualdad formal" (Bernuz, 2006, p.56). En el legislador democrático recayó la competencia para decidir conforme a los valores jurídicos, para darles su orden, prioridad y decidir políticamente cómo ellos servían a la libertad, la que se garantiza con "la seguridad en los goces privados" o derechos naturales (Bobbio, 2012, p.8), que existen antes del derecho y del Estado.

El fenómeno codificador concluyó con la idea de un modelo jurídico cerrado, en el cual los contenidos éticos o morales tienen presencia en los debates político-legislativos necesarios para la aprobación de la ley, siendo concebida esta como una obra completa, acabada, sin lagunas, ni antinomias, ¡perfecta! Así, los jueces ante la ambigüedad de la ley debían buscar la voluntad del legislador y superar los vacíos que ella presentara "mediante el recurso a la analogía, o a los procedimientos de inducción o deducción" (Bernuz, 2006, p. 58). Por ello, los jueces no podían ser más sino la boca de la ley para, al decir de Beccaria (2006), "proteger al hombre: de una buena o mala lógica de un juez, de una buena o mala digestión… de la violencia de sus pasiones, de la debilidad de quien sufre, de sus relaciones con el ofendido" (p. 14).

Como consecuencia de distinguir las facultades de crear y aplicar derecho –una de las notas características en el *Ancien*

régime– se eliminó de tajo las situaciones jurídicas dilemáticas. Las posibles contradicciones que se presentaban al momento de hacer norma jurídica los derechos civiles y políticos arrancados a sangre y fuego tras la revolución burguesa, no trascendían del escenario legislativo. La ley –que contenía la voluntad general avallasadora– era el objeto, la medida y el fin del fenómeno jurídico.

Este escenario fue resultado de una confianza excesiva por parte de los franceses en "la capacidad del lenguaje normativo de transmitir reglas claras, precisas y sistemáticamente ordenadas (en forma de código ilustrado) que solo tenían que ser obedecidas por los ciudadanos, funcionarios y jueces" (López Medina, 2009, p. 2). Nada se podía decidir contra el depositario de la soberanía nacional, que previa una solución a cada necesidad humana, al punto que, por ejemplo, la aplicación de los principios generales del derecho era residual pues "era inconcebible la alternativa de descalificar una respuesta legal por contradecirlos" (Vigo, 2012, p. 226).

El positivismo normativista kelseniano, por su parte, en su afán de despojar al derecho de todo elemento no jurídico, se desentendería de los principios, condición primera de las tragedias en los casos jurídicos. Esto sucede pues la propuesta metodológica de Kelsen (2011) para la ciencia del derecho, partía de la distinción entre su objeto y el de otras áreas del conocimiento humano como la psicología, la ética y la teoría política; y a que concibió el derecho como un sistema normativo, únicamente conformado por reglas prescindiendo de los principios jurídicos. Los dilemas no tienen campo en el derecho, son externos a él. Por ello, si ese estaba ante un ámbito de libre discrecionalidad hermenéutica que abriera la puerta a la interpretación como acto

cognoscitivo y creador del derecho, Kelsen (2011) consideraba que era necesario acudir a normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etc., que representan el bien común, la prosperidad o el progreso para determinar el contenido de la decisión.

1.3. El post-positivismo: el Estado constitucional y la vuelta de los valores al derecho

Los vejámenes del nazismo y la posterior guerra mundial enseñaron –al menos a Occidente en el plano estatal– que el derecho no podía igualarse a la ley, y que la validez de una norma jurídica no podía ser ajena a valores morales. Radbruch (1961) quien no abandonó Alemania durante este periodo denunció una vez la libertad restaurada que "el positivismo… no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes" (p. 35).

Se asume luego un modelo axiológico cuya idea principal se refleja en la máxima sintetizada por Kaufmann (1999): aunque "moral y derecho son distintos, en algunos aspectos, pero no se encuentran divorciados entre sí" (p. 387), por lo que el deber ser jurídico tiene como fundamento un mínimo ético, de modo que "la validez del derecho no puede reducirse (…) a un puro deber ser jurídico" sino que radica en "un único valor moral, y por cierto, con el más elemental: la justicia" (p. 392).

La apuesta para evitar que nuevamente el individuo –ahora entendido como ser humano– quedara expuesto a las simples decisiones arbitrarias de los gobernantes o de las mayorías, se concretó en tres aspectos: (i) la elevación de la Constitución a

un nivel superior a las demás normas jurídicas, en una relación de subordinación de las demás con ella, (ii) la adscripción de la dignidad humana como elemento fundador, legitimador y fin del Estado, lo cual implica introducir al ordenamiento jurídico valores a través de los derechos fundamentales y principios jurídicos y (iii) confiar a un Tribunal Constitucional la guarda de la supremacía de la Constitución para que los ciudadanos, a través de las acciones constitucionales, acudan ante él para impugnar las actuaciones generales o particulares de los autoridades públicas y particulares, inclusive, que nieguen la dignidad humana y la supremacía de la Constitución.

Justicia constitucional y derechos fundamentales dan un vuelco radical a los elementos políticos y jurídicos de la democracia: las minorías tienen voz frente a las mayorías –estas no pueden decidir sobre aquellas– por lo que la ley pierde su carácter prevalente (Ferrajoli, 2005).

1.3.1. Casos difíciles: la no renuncia a obtener una respuesta correcta

La apuesta por los valores o derechos fundamentales trae desafíos que no se visibilizan en el anterior Estado legislativo de derecho. A la par de aquellos casos en los que el razonamiento jurídico debe decantarse por la simple subsunción a través de las reglas jurídicas predeterminadas, surgen unos en donde los valores jurídicos entran en tensión, debido a que el caso en particular recae en el supuesto de hecho de al menos dos derechos fundamentales o principios, los cuales ordenan una actuación diversa, como solución al caso.

Ante la pululación de valores o principios se exige que ellos se asuman "con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que deben convivir" (Zagrebelsky, 2011, p. 14). No obstante, ante este nuevo desafío –conocido como caso difícil– no habría de renunciar el pensamiento jurídico a dar una solución que realice la justicia, y de obtener respuestas ciertas.

El modelo axiológico no se desliga del propósito de dar previsibilidad y certeza a la resolución de problemas jurídicos en los que estén inmersos los principios jurídicos. Por eso sale allende los mares a satisfacer la seguridad jurídica: es también un valor al cual no se puede renunciar.

1.3.2. La argumentación jurídica para los casos difíciles: la decisión razonable

El maestro de Alicante considera que "la práctica del derecho consiste de manera muy fundamental en argumentar" (Atienza, 2005, p. XIII). Y es que el derecho obedece, en su creación y aplicación, a una variedad de factores y discursos que intentan armonizar la sociedad a través de las normas, que comprende no solo la norma jurídica en sentido estricto, también los principios, conceptos, instrumentos de interpretación y teorías que permitan un ejercicio racional y razonable para dirimir los conflictos y cumplimiento de derechos y obligaciones descritos en la Constitución y las leyes.

En este sentido Atienza (2005) elabora un marco teórico para justificar las razones en el derecho denominada *argumentación jurídica estándar* con el fin de superar la simple adecuación

de la lógica formal, propia de un Estado legalista, hacia las exigencias del Estado constitucional de derecho, que requiere la implementación de una lógica material, es decir, la lógica de lo humano o de lo razonable, pues el derecho no puede limitar su carácter sustancial y procesal a la correcta presentación de formatos o minutas, y por el contrario se debe comprender la extensión misma de la juridicidad de la jurisprudencia, de la teleología y filosofía jurídica.

De lo anterior se desprende la importancia de hablar sobre lo razonable, que en la práctica jurídica es lo que permite establecer qué premisa es preferible o está mejor justificada que otra, por eso se hace importante y ocupa un lugar central en algunas teorías de la argumentación. "La noción de razonabilidad es un componente común de lo que suele llamarse 'conceptos jurídicos indeterminados'" (Atienza, 1987, p. 189), significa un carácter general aplicable a cualquier argumentación jurídica y en cierto tipo de argumentación específica, es decir es una noción variable de acuerdo con el campo de aplicación.

Siguiendo con la idea anterior, el concepto de razonabilidad, es de común referencia dentro de la teoría de la argumentación jurídica. Destaca Atienza (1987) que el primero en hacerlo fue Recaséns Siches, quien consideró que la razonabilidad es un complemento de la insuficiencia de la lógica tradicional o también llamada lógica racional, pues no agota la totalidad del logos de la razón y es insuficiente para tratar problemas prácticos como el de la interpretación del derecho. Luego lo hizo Perelman, quien para hablar sobre lo razonable empezó explicando lo irrazonable, afirmando que es el límite negativo de cualquier argumentación jurídica, pues una decisión jurídica no puede ser irrazonable, que es lo inadmisible en una comunidad en un momento dado,

es por eso que sostiene que el límite de lo razonable lo tiene el auditorio, es decir, es la sociedad quien decide cuáles argumentos son admisibles e inadmisibles –pareciera que lo razonable dependiera de una moral colectiva, de una escala de valores que determina qué es lo bueno y lo malo en una comunidad–.

Razón y racionabilidad –destaca Atienza de Perelman– están unidos con ideas de verdad, coherencia y de eficacia. Lo razonable e irrazonable están ligados a un margen de lo admisible y lo socialmente inaceptable (por el auditorio). Y con apoyo en Aarnio, Atienza (1987) resalta de la obra de Perelman adolece de ambigüedad y es escasamente criticable pues se admite que dos decisiones pueden resultar considerándose como aceptables.

También Atienza enfatiza lo dicho por MacCormick en el sentido que lo razonable se halla en "un equilibrio entre exigencias contrapuestas", y en Aaranio "que la decisión logre aceptabilidad o consenso". Y es que esas concepciones son complementarias y permiten elaborar un concepto de razonable en el que se debe establecer las características de esta complementariedad y servir como criterio que establezca "por qué una determinada interpretación o decisión es preferible a otra" (Atienza, 1987, p. 191).

Aunque lo "razonable" se puede predicar de una norma jurídica o un agente jurídico, el interés de él se centra sobre el acto de "interpretar y aplicar enunciados jurídicos a casos" que terminan en decisiones jurídicas, más específicamente de los enunciados "que son el resultado de la decisión de los casos" y no de los que se utilizan para decidirlos, seguidamente propone tres grupos de decisiones jurídicas: "a) Las razonables pero no estrictamente racionales, b) Las razonables y estrictamente racionales, c) Las

no razonables" (Atienza, 1987, p. 192). Las primeras son las que le interesan a Atienza, pero para su comprensión no puede desligarse las del tercer grupo.

¿Cuándo una decisión es razonable en sentido estricto? Existen tres requisitos:

- Cuando es tomada en situaciones en que no sería aceptable o, no se podría, adoptar una decisión estrictamente racional.

- Logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, que necesariamente hay que considerar en la decisión (siendo esas exigencias principios *prima facie* significa que el caso bajo estudio se subsume en un amplio supuesto de hecho).

- Es aceptada por la comunidad. (Atienza, 1987, p. 192).

1.3.2.1. Racionalidad estricta

Dice Atienza (1987) que la racionalidad es una cuestión procedimental, mientras que lo razonable se dirige hacia un resultado que debe ser aceptable, entonces se habla de decisiones razonables cuando no solo siguen criterios racionales, sin dejar atrás que lo razonable también es racional, por eso se dice que "todo lo razonable es racional y no todo lo racional es razonable", pues es posible que una decisión se tome según criterios de estricta racionalidad, pero que resulte ser irrazonable, o sea que produzca resultados inaceptables, que son al menos dos tipos:

(i) Contradicción entre los resultados que produciría la decisión y los propósitos que se persiguen por el sistema jurídico. Aquí la racionalidad estricta equivale a actuar "de una manera puramente ritualista".

(ii) Contradicción entre la decisión y los fines o valores no contemplados en el sistema jurídico, o contradictorios con los que sí incorpora.

Destaca Atienza que identificar cuándo una decisión lleva a resultados inaceptables es más difícil en el segundo caso que en el primero. En todo caso, para el maestro de Alicante, una decisión jurídica es estrictamente racional si y solo si:

a) Respeta las reglas de la lógica deductiva "Racionalidad L".

b) Respeta las reglas de la racionalidad práctica "Racionalidad" principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad.

c) Se toma sin eludir la utilización de alguna fuente de derecho de carácter vinculante.

d) No se adopta sobre la base de criterios éticos, políticos no previstos por el ordenamiento jurídico. (Atienza, 1987, p. 195)

1.3.2.2. Equilibrio mínimo

Resalta Atienza (1987) que la cuestión de razonabilidad no se plantea frente a los casos fáciles, sino a los difíciles. Un caso es difícil si aplicando la racionalidad estricta:

i. El caso no tiene solución. No se respeta el requisito d) –atrás reseñado–, porque es un caso no, o está previsto en normas muy generales.

ii. Tiene una solución que resultaría inaceptable, para llegar a ella se tendría que obviar una fuente vinculante, desconociendo c).

iii. Tiene más de una solución que son incompatibles entre sí. Se debe optar por la más razonable o construir una si se entiende que las que se tienen no sirven mediante criterios de razonabilidad estricta.

En estos tres casos, no es posible llegar a una decisión razonable a través de la estricta racionalidad. En ellos hay una contraposición de valores o principios que deben sopesarse entre sí hasta llegar a un equilibrio, que no es igual a un "término medio" pues los principios no pueden tener el mismo peso, por lo "que el equilibrio se encontraría entonces en un punto más próximo a un extremo que a otro" (Atienza, 1987, p. 195). Este equilibrio no es permanente, tiene que construirse en cada caso.

Para determinar que un equilibrio entre exigencias contrapuesta no termine jerarquizando entre sí de manera que unas se excluyan completamente a las otras, está el tercer requisito. Este punto señalado por Atienza recoge el grueso de la teoría estándar de la argumentación jurídica para resolver los casos difíciles.

Tres elementos permiten hacer frente a la nueva exigencia: (i) entender los derechos fundamentales –o más bien las disposiciones de derecho fundamental– como principios que

se realizan bajo el mandato de optimización (Alexy, 2009b), (ii) la teoría del núcleo esencial de los derechos humanos y (iii) el principio de proporcionalidad.

Entendidos los derechos fundamentales como principios jurídicos, resulta posible ser cumplidos en diversos grados –*ergo* no son absolutos– en cuanto que la medida ordenada (prestación, permisión o abstención) depende tanto de las posibilidades fácticas como de las posibilidades jurídicas (Alexy, 1988).

Por su parte, la noción del núcleo esencial de los derechos fundamentales es: (i) un criterio para identificar estos derechos –pues un derecho que carece de núcleo esencial, no es un derecho fundamental–, y (ii) un límite que define "un ámbito intocable para los procesos hermenéuticos y para las decisiones políticas" (López Cadena, 2015, p. 69).

Alrededor de dicha noción jurídica, se manifiestan dos corrientes: (i) la teoría absoluta, como la defendida por el profesor Gómez Serrano (2009), en la que se distingue entre el núcleo irreductible de un derecho fundamental y su periferia dúctil. Al primero corresponden las exigencias intrínsecas del derecho "sin los cuales perdería su identidad, por medio del cual se garantiza su objeto, impidiendo su desaparición, anulación, destrucción o desnaturalización" (Gómez Serrano, 2009, p. 112) y además las "atribuciones que permiten su ejercicio, de tal forma que al limitarlas el derecho fundamental se hace impracticable" (Sentencia C-756 de 2008). Corresponde, en cambio, a la periferia los aspectos accidentales del derecho. Mientras el núcleo esencial es un límite infranqueable para los poderes instituidos, una talanquera para las personas, su periferia es el margen de acción en donde las autoridades públicas pueden desarrollar

el mundo de lo fáctico y jurídicamente posible. Por su parte, la teoría relativa del núcleo esencial utiliza como parámetro la ponderación por proporcionalidad, de allí "que toda medida desproporcionada tomada por el legislador vulnera el contenido esencial, es decir, el contenido esencial es todo aquello que queda después de emplear el principio de proporcionalidad" (López Cadena, 2015, p.199).

En todo caso, las tesis sobre el núcleo esencial de los derechos fundamentales muestran que estos no son absolutos, por lo que cualquier choque entre estos o principios constitucionales debe ser resuelto respetando su núcleo esencial. Aquí yace el éxito de la ponderación por proporcionalidad. Y es que con la ponderación uno de los principios en contradicción ha "de ceder una porción de su esfera de eficacia, afectándose, esto es, reduciendo su grado de satisfacción, en relación directa con su importancia y con la importancia del otro" (Gómez Serrano, 2009, p. 138).

El modo en que estas se llevan a cabo ha sido señalado por el mismo Alexy (2012): las posibilidades fácticas se determinan en los principios de necesidad e idoneidad y las jurídicas se optimizan en el principio de proporcionalidad en sentido estricto, donde tienen su lugar la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación..

La manera en que debe concluir esta técnica es precisada magníficamente por el maestro Gómez Serrano (2009):

> Dado que los Derechos Fundamentales se estatuyen para tener eficacia y que su núcleo esencial es intangible, ha de tenerse en cuenta que la interdicción del exceso, bien sea por vía legislativa o de interpretación, implica que <u>en ningún</u>

> caso esta deba hacerse desconociendo eficacia total a uno de los principios que entran en colisión, esto es, que en todo caso los dos principios han de aplicarse amoldándose para coexistir (p. 145) (subrayados añadidos).

En el caso trágico, se verá más adelante, esa coexistencia de los principios que colisionan es imposible.

1.3.2.3. Aceptación por la comunidad

Entre dos decisiones en presencia, la más racional, la que mejor logra el equilibrio mínimo es, según criterio de Atienza, la que puede verse como la más aceptable por la comunidad o la que suscite un mayor consenso, que puede ser de dos tipos: (i) Consenso fáctico: que sirve además para compensar cuando no se respetan integralmente los requisitos a) y d) de estricta racionalidad. Este consenso tiene una función negativa: la falta de aceptación, significaría que no se debió adoptar una decisión estrictamente racional. El problema de este consenso es que frente a los casos trágicos habría una división en esa comunidad, y acudir al criterio de la mayoría no es plausible. Pero su grave problema radica en los prejuicios sociales, información del auditorio-comunidad, la distinta habilidad argumentativa de quienes defienden cada tesis y otros factores que impiden identificar opinión mayoritaria y razonable; y (ii) Consenso ficticio o ideal: en él se debe buscar puntos de acuerdo de las diversas argumentaciones que tratan de fundamentar decisiones aceptables (Atienza, 1987, p. 199).

CAPÍTULO II

Caso Trágico: Elementos Conceptuales

Atienza (2010) plantea que existen dos posibilidades de caso trágico que representan situaciones en las que es imposible decidir sin infringir el ordenamiento jurídico:

- Primero: una situación en la que el Derecho positivo provee al menos una solución correcta de acuerdo con los valores de ese sistema pero que chocan con su moral, (lo trágico se deriva del choque de ordenamientos distintos, como en Antígona).

- Segundo: una situación en la que el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta (contradicción interna en el ordenamiento jurídico).

Lariguet (2008), por su parte, fórmula una tríada de dilemas:

- Los de incomensurabilidad que "suponen que las dos alternativas en juego no pueden ser *comparadas*" (p.125), pues ninguna es igual que la otra, y tampoco valen lo mismo;

como es –y este ejemplo es propio– ser un juez excelente o un investigador jurídico consagrado.

- Los de empate, cuyas alternativas de solución tienen simetría o equivalencia, por lo que "ninguna alternativa supera a la otra" (p. 126).

- Los de sacrificio que lleva en su solución el adoptar una elección trágica, "que presupone la tesis del 'mal inevitable': cualquier camino que tome el agente presupondrá algo *malo*, inclusive cuando sea posible un mal reputado 'menor'". (p. 127)

Quienes escriben estas líneas han definido al caso trágico como aquel en el que cualquier decisión que se tome conlleva la no satisfacción de las exigencias mínimas o afectación del núcleo esencial de uno de los principios que colisionan por la superposición de su supuesto de hecho, por lo que uno de ellos pierde su eficacia frente al caso concreto, a pesar de no resultar expulsado del ordenamiento jurídico; y por el contrario, el principio que se realiza en la decisión que se toma sufre un proceso de "absolutización" en él.

A partir de la doctrina, los siguientes son los elementos configurativos del caso trágico:

2.1. Superposición total-total entre los supuestos de hecho de los principios que colisionan en un caso en concreto

Guastini (2007) hace referencia a la existencia de conflictos "irresolubles" para el juez constitucional. Para entenderlos, parte

de la distinción de dos tipos de conflictos que se dan cuando los principios chocan en un caso específico: (i) el *conflicto total* en donde sus hipótesis de conducta se sobreponen de manera total, y (ii) el *conflicto parcial* en el que dicha sobreposición es parcial. Si se quisiera graficar estas situaciones con círculos, en el primero apenas se vería uno, mientras que en el segundo estos serían secantes –su punto de encuentro sería, necesariamente, afuera de los núcleos esenciales–.

Esta distinción en el ámbito fáctico tiene importantes consecuencias al jerarquizar los valores que están en juego para decidir el caso en concreto. Al haber una superposición total entre los principios en conflicto, el juez al tener que escoger entre uno de ellos, alguno ve mermada totalmente su eficacia, pese a ser inderrotables (Lariguet, 2005, p. 76).

Zucca (2011) participa también de la idea de que los conflictos totales son ejemplos de dilemas constitucionales o casos inconmensurables, los que pueden ser de dos tipos: (i) conflictos totales de "intraderechos": cuando está inmerso un mismo derecho fundamental, ello "en tanto que existen pretensiones simétricas que son mutua y totalmente excluyentes. Si favorecemos una de las pretensiones, eliminamos la otra para siempre" (p. 20). Cita como ejemplo el tener que elegir entre unas gemelas siamesas que tienen la misma posibilidad de vida independiente; (ii) conflictos totales de "intederechos": cuando están comprometidos diferentes derechos fundamentales, y es "total cuando los derechos en juego no pueden ser ejercidos sin que simultáneamente sean eliminados" (p. 20).

Como ejemplo podría citarse el caso que Zuca presenta en su escrito de 2011: unos excónyuges litigan por el destino de unos

óvulos fertilizados durante la vigencia del vínculo marital. Ella, a quien le han extirpado los ovarios como medida para precaver un cáncer, solicita que aquellos se conserven para que en un futuro puedan serle inoculados, la que sería la única forma de ser madre natural; él por el contrario pretende su destrucción y arguye que no se le puede forzar a ser padre.Zucca (2011) reconoce el surgimiento de los conflictos totales entre derechos fundamentales "depende del modo en que las declaraciones de derechos los configuran, y también del modo en que los funcionarios las interpretan" (p. 20). En similar sentido se ha pronunciado Lariguet (2005), para quien el determinar si un caso es o no trágico "depende de cómo se reconstruya el caso y se conciba el mejor procedimiento interpretativo" (p. 71).

2.2. Insatisfacción de exigencias mínimas o afectación al núcleo esencial a uno de los principios que colisionan

Debe recordarse que la primera referencia a la existencia del caso trágico es dada en la doctrina europea por Atienza (1989), quien sostiene que este surge cuando no hay "forma de encontrar una solución que no sacrificará lo esencial de alguno de los dos valores" (p. 101) en pugna, es decir que ese equilibrio óptimo del que se habló más atrás es imposible conseguir. Es este sacrificio ineludible el que distingue a los conflictos trágicos de los casos difíciles (Lariguet, 2008).

Para Zucca (2011) la ponderación es inadecuada para resolver los dilemas constitucionales, pues sirve para hacer frente a los conflictos parciales, pues "cuando dos valores inconmensurables se encuentran ínsitos en los derechos en conflicto, ¿cómo es posible forzarlos a una medición de su peso o importancia?"

(p. 23), pues "es imposible asegurar el núcleo central de ambos derechos fundamentales dado que el conflicto afecta a un choque de pretensiones que caen dentro del ámbito central de protección" (p. 31).

Entonces la consecuencia de que en el caso trágico las normas adscritas del núcleo esencial de los derechos fundamentales o principios en pugna, al ponderarse se excluyen de tal manera que se niegan mutuamente, es que cualquier hipotética solución que se le quiera dar negaría la aplicación del principio contrario. Si esto ocurre implica que es imposible satisfacer esos núcleos esenciales de los principios que colisionan, de modo que debiendo aplicarse necesariamente uno –el juez no podría dejar sin solución al caso puesto a conocimiento- el otro principio resultaría totalmente desconocido.

Entonces se tiene que la coexistencia exigida tras la ponderación de los principios que tienen relevancia normativa para decidir el caso es imposible obtener a causa de su mismo sustrato fáctico, de modo que uno de los principios en juego pierde completamente su eficacia, o lo que vale decir, su núcleo esencial resulta irremediablemente transgredido.

Lo anterior, implica que el óptimo de Pareto exigencia propia de la realización de los principios (Alexy, 2002), no es predicable frente a aquellos que están inmersos en el caso trágico. El óptimo de Pareto es una referencia traída de la economía para significar "una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra" (Alexy, 2009a, p. 8), o sea que siempre que se cause perjuicio a un objeto, debe darse una ganancia que compense ese daño. En la resolución de los casos trágicos esa compensación no se satisface.

2.3. Absolutización del principio que se desarrolla en la resolución del caso trágico

El modo en que, consideran los autores, el óptimo de Pareto resulta inalcanzado es muy particular. La primera verificación que tiene que hacer el juez constitucional –en sede de tutela– es determinar si las solicitudes de las partes (pretensión/excepción) persiguen la satisfacción de un derecho fundamental o cuando menos un principio constitucional. Se trataría o de la negación de una prestación, o de la acción frente a una abstención por parte del demandado que la parte actora considera violatorio de los derechos fundamentales. En esta situación las partes en conflicto deben argumentar la medida en que sus anhelos procesales satisfacen el derecho o bien constitucional por ellas argüido. En caso de que la petición se funde en una falacia o constituya en su fondo un ilícito, ella se desecha y la solución surge de inmediato con la subsunción.

Obviamente en el caso trágico esto no se presenta. En él la satisfacción de ambas posturas constituiría la eficacia total del fundamento constitucional que las respaldan –o sea que se cuenta con el máximo de idoneidad–, por el contrario, consecuentemente, la no aprobación implicaría el desconocimiento del principio derrotado.

Las circunstancias determinantes del caso que dan esa potencialidad máxima a la pretensión llevan a que cuando el juez escudriñe si hay algún curso de acción distinto al solicitado o necesario para su satisfacción, que sea más benigno o cause un menor daño al principio contrario, no lo encuentre. Así la

determinación del grado satisfacción-afectación de los principios en el caso en concreto sería inevitablemente intenso-intenso, sin poder obtener una relación distinta.

2.4. El caso trágico como límite a la racionalidad jurídica y la regla del "menor daño constitucional"

Se puede entender, con lo anterior, que el caso trágico es un límite racional, porque a diferencia de los casos difíciles, no tienen una solución racional posible, pues los principios en conflicto son inconmensurables, es decir, que no hay un valor que supere al otro y eso hace imposible que haya una respuesta correcta.

Destaca Atienza (2010) que los casos trágicos no tienen ninguna respuesta correcta porque "plantan a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie de alternativas… sino qué camino tomar frente a un dilema" (p. 133). Esta frase sintetiza la comprensión del caso trágico como límite de la racionalidad jurídica.

Según esta idea:

> Los jueces no serán capaces de convencernos de que están ofreciéndonos una respuesta racional al dilema. O, al menos, convencernos de que esta respuesta viene dada por el derecho, puesto que el mismo se halla indeterminado, sino por un acto de voluntad o por una decisión de ellos" (Larguet, 2011, p. 44-45).

Pero considera Atienza (2010) que en todo caso los conflictos trágicos no escapan a cierto control racional, pues:

> El hecho de que no exista una respuesta que pueda calificarse de correcta o de buena, no quiere decir que todas las posibles alternativas sean equiparables… de manera que lo que debemos –lo que un juez debe– hacer en tales situaciones es, sencillamente, optar por el mal menor. (p. 150)

Atienza (2013) más recientemente ha expresado su sentir relacionado a que la tragedia en los casos judiciales no se debe a un error del derecho puesto que:

> … no cabe tener un derecho perfectamente justo en el contexto de sociedades tan injustas como las nuestras. La conciencia de lo trágico, el sentimiento de pesar o de sacrificio debe cumplir, precisamente, la función de recordar a los jueces (a los juristas) su deber (como ciudadanos) de contribuir al cambio social, de manera que disminuya la dimensión de lo trágico en el derecho. Y si deben –o debemos– tener algo de mala conciencia es porque todos (o casi todos) somos algo responsables (aunque, naturalmente, en grados muy distintos) de esa injusticia de base. (p. 814)

Lariguet (2011) comparte esta idea al señalar que los casos trágicos pueden deberse no a un error interno del derecho, ya que la vida presenta “situaciones malas que se nos imponen como inevitables” (p. 58), en donde no se puede escapar al sacrificio de un valor importante.

Y advierte Lariguet (2011) que la solución del "mal menor" tampoco va a dar la misma utilidad que la ponderación respecto a los casos difíciles, pues es:

> … una categoría problemática que puede seguir produciendo, en muchos casos puntuales, desacuerdos chispeantes. Resultaría enigmático que alguien se atreviera a negar rápidamente que lo que en ocasiones es mal menor para un filósofo o una persona reflexiva no lo es en modo alguno para otro filósofo o persona reflexiva. Por lo tanto, no debemos pensar de la categoría de mal menos que es filosóficamente más rentable de lo que realmente es (p. 58).

Además, el sostener que el mal en la resolución de los casos trágicos es "graduable" trae varios problemas: (i) pues opera sobre una "'petición de principio' si da por descontado que *siempre será posible* graduar la maldad de las alternativas", y (ii) plantea el interrogante de cuál criterio –ej: consecualista o deontologista– debe utilizarse para realizar la graduación (Lariguet, 2008, p. 181).

Y es que responder ¿cómo se solucionan los casos trágicos?, con la afirmación que a través de la regla hermenéutica del menor daño constitucional, lleva a formularse la pregunta de ¿cuál es la decisión que causa el menor daño? Consideramos que ciertos casos trágicos no tienen una solución que cause un mal menor.

2.5. La conciliación como alternativa a la ponderación irresoluble

Lariguet (2008) considera que la ponderación, como ha sido entendida por la teoría estándar de la argumentación jurídica, puede llevar a que una de las partes asuma toda la derrota al dársele importancia en su totalidad a los principios que sostienen a la contraparte, lo que supondría un "sacrificio extremo o todo-nada" (p. 278). Por ello, propone como alternativa la conciliación, entendida como "una ponderación que distribuya de manera más equitativa las cargas y beneficios de un proceso que enfrente posturas antagónicas" (p. 279).

Con este criterio, la resolución de los conflictos trágicos debe buscar no la decisión que cause el menor daño constitucional, sino la que distribuya la tragedia –que es ineludible–, en ambas partes. De esta manera se daría una cierta protección a todos los principios constitucionales o derechos fundamentales involucrados en el caso trágico, aunque también podría considerarse que todos ellos también quedarían afectados en sus exigencias mínimas.

Capítulo III

Caso Trágico y su no Condición de Caso Judicial

3.1. El escenario judicial como campo tradicional de comprensión del caso trágico

Es tradición o se asume normalmente que cuando se habla de caso fácil y difícil se refiere a la función o práctica judicial. Los trabajos jurídicos en la materia se orientan por esclarecer el modo en que los jueces deben argumentar para resolver los casos difíciles. Así también, entre los pocos autores que reconocen la existencia del caso trágico, también se refieren a él como un caso judicial.

Por ejemplo, Zagrebelsky (2011) cuando explica el caso Serena lo hace dentro de un capítulo que nomina "Los jueces y el derecho" y en su explicación no se muestra interesado en establecer lo que debían hacer las autoridades administrativas competentes para quitar la custodia a los padres de crianza que habían introducido ilegalmente a Serena a Italia.

Lariguet (2008) al plantearse los diseños institucionales para la resolución de los conflictos –entre los que se encuentran los dilemas– expone los modelos del juez, del legislador o mixto, sin dar espacio al ejecutivo o al ejercicio de la función administrativa.

Guastini (2007) por su parte propone de manera general una tipología de colisión de principios en concreto, en la que –como se precisó más atrás– surgen unos cuya aplicación genera una antinomia total-total (caso trágico), que no son la mayoría por cuanto a que lo son quienes tienen características de un conflicto "parcial-bilateral", es decir cuando los supuestos de hecho de dos principios se superponen apenas parcialmente. Pero cuando presenta el cómo resolver de manera general los conflictos de principios, señala que la ponderación es "la técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales" (p. 636); sin pensar en que si un conflicto de un caso irresoluble puede presentársele o no a la administración.

Zucca (2011) a pesar de que plantea una definición también general del caso trágico como dilema constitucional, presenta el tema con un asunto estudiado por la Corte Europea de Derechos Humanos generado por la discusión entre dos excónyuges sobre el manejo de unos óvulos fecundados *in vitro* durante la vigencia de su matrimonio, que vuelven a ser de interés para la mujer después de la extirpación de sus ovarios –método curativo para un cáncer que la aquejaba–, ya que solo con ellos podía ser madre biológica. Zucca no dice quién tenía a cargo la guarda de esos óvulos ni qué debería hacer ese guardador ante peticiones contradictorias del exmarido y exmujer sobre el destino que esos óvulos debían tener. Pero reconoce que "si existen los dilemas constitucionales, entonces ni el parlamento, ni los tribunales

ni otras instituciones especializadas están óptimamente posicionadas para resolverlos; ninguna institución hallará fácil el sacrificio de un derecho fundamental en el proceso decisorio" (Zucca, 2011, p. 12), lo que lleva a pensar que ese proceso puede ser legislativo, judicial y ¿por qué no, administrativo?

Pero, en adelante Zucca (2011) presenta una propuesta de solución cuyos fundamentos tácitamente le dan el adjetivo judicial a su dilema constitucional. A esto hay que sumar que en ese escrito expresamente manifiesta que no es objeto de estudio "los conflictos de derechos fundamentales y otros bienes o intereses constitucionales" (p. 11) pues se interesa en "los conflictos entre reglas que han sido constitucionalmente atrincheradas y que protegen algunos aspectos fundamentales de la libertad individual" (p. 12), los que no agotan los enunciados jurídicos que comúnmente maneja la administración pública.

3.2. Manuel Atienza frente al caso trágico

3.2.1. Los primeros pasos

En abril de 1997 sale a la luz "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos"[1], texto en el que Atienza (2010) delimita la existencia del caso trágico a la sede judicial, como se vio más atrás. Pero este texto es una flor más en el jardín teórico que él ha sembrado. En efecto, su obra registra un importante desarrollo frente al caso trágico, aunque no ha sido el punto que más lo ocupa en filosofía del derecho o teoría jurídica. Pero el especial interés en estudiar a Manuel

1 En el No. 06 de la Revista de Teoría y Filosofía del Derecho "Isonomía".

Atienza radica en que hay una variación entre el punto de inicio de su trabajo sobre el caso trágico y las conclusiones que obtiene y se condensan en su artículo de 1997.

No se trata de la existencia de dos Atienza frente al caso trágico, sino de dos momentos en su construcción conceptual. El primero –que es preliminar– está representado en su escrito "Sobre lo razonable en el derecho" de 1989, y la segunda es la madura que empieza con la publicación de "Las razones del derecho" y que alcanza su pleno desarrollo con el artículo de 1997, cuyas conclusiones han sido replicadas posteriormente cuando Atienza habla de casos trágicos.

Refiriéndose a los debates entre Dworkin y sus detractores sobre la existencia de respuestas correctas en el Derecho, Atienza (1989) plantea que todos ellos han excluido la posibilidad de que existan los casos trágicos. En ese momento, ya afirmaba el profesor español que "un caso puede calificarse como trágico cuando, en relación con el mismo, no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo" (p. 101).

Son dos las consideraciones que habilitan a Atienza (1989) para afirmar la existencia del caso trágico: la primera es el aumento de "normas de fin" como caracterización del Estado social de derecho, y el carácter normativo que adquiere la Constitución encumbrada en la cima de la pirámide jurídica la cual contiene este tipo de enunciados jurídicos, de los cuales los derechos sociales son sus mejores ejemplos. Posteriormente, junto con Juan Ruiz Manero ha distinguido en estas normas de fin a las directrices programáticas y a las reglas de fin, que se caracterizan por establecer objetivos a obtener que son considerados como constitucional y legalmente importantes, dejando cierto margen

de discrecionalidad –mucho menor en las reglas de fin– a sus destinatarios para alcanzarlos, que suelen ser organismos con legitimación democrática –como la administración pública y el legislador–, contando las directrices, al contrario de las reglas de fin, con condiciones de aplicación indeterminadas (Atienza y Ruiz Manero, 2004).

La segunda es la orientación hacia el "equilibrio" por parte de los "órganos jurídicos de decisión" –cualquiera que sea–, en tanto a la importancia que se les da a los valores últimos. Ese equilibrio debe ser correcto, de modo que genere un consenso ideal o racional; lo que no ocurre en el caso trágico.

Ruíz Manero (2005) –sin quien no se puede entender la obra de Atienza– precisa que esos valores últimos se incorporan al ordenamiento jurídico con los principios en sentido estricto que son sus valores superiores y se relacionan con aquellos "derechos que se orientan a la protección de bienes o intereses que se consideran dignos de igual protección para todos y cada uno de los seres humanos… [esto es] intereses del propio titular del derecho"; en adición a los valores utilitarios que incorporan las directrices programáticas que se identifican con "derechos que se orientan a la protección o promoción de bienes o intereses colectivos" (pp., 351 y 352)

Se puede decir de esta primera concepción del caso trágico de Atienza que está orientada por un criterio material y no orgánico en tanto a que pone atención en que el origen del caso trágico se halla en los valores introducidos por los principios jurídicos en el Estado constitucional, los que eran impensables o extraños en sus versiones anteriores.

Y aunque Atienza enmarca en el caso trágico como una tercera categoría en el debate Hart-Dowrkin sobre las respuestas correctas en el derecho –en donde el segundo plantea la existencia de un juez Hércules que siempre puede encontrarlas– no delimita el caso trágico a un órgano estatal en especial.

3.2.2. La idea madura de caso trágico

En "Las razones del derecho"[2] Atienza (2005) toca tangencialmente los casos trágicos a los que define como aquellos "en los que no existe ninguna respuesta correcta, esto es, casos jurídicos que no pueden decidirse si no es vulnerando el ordenamiento jurídico" (p. 201) o en los que "no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral" (p. 135).

Como se dijo más atrás el caso trágico se judicializa plenamente en Atienza en 1997. En adelante es válido hablar de "caso judicial trágico". Allí Atienza (2010) niega expresamente la posibilidad de que a la administración se le presenten casos trágicos. En efecto reconoce que algunos casos jurídicos que deben ser decididos por órganos de la administración terminan en decisiones trágicas que son revisadas por los jueces, "pero las suyas no serían ya decisiones trágicas (ellos habrían traducido lo trágico a otros términos)" (Atienza, 2010, p. 139). ¿A cuáles?, y ¿cómo y por qué se transforman? Son preguntas que surgen y a las que a partir del texto no se les puede dar respuesta.

2 Originalmente fue publicado en 1991 por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

Al final del documento nuevamente plantea el reconocimiento de la introducción de derechos de contenido social y económico a las Constituciones como causa de origen de los casos trágicos. Y ¿la orientación hacia el "equilibrio"…? También pero se introduce una modificación: ello compete a los órganos judiciales.

A lo largo de ese escrito Atienza también presenta dos ejemplos de caso trágico: la absolución de un joven por el delito de insumisión por parte de un juzgado de Madrid en 1992 y la expulsión de los extranjeros que entran ilegalmente a un Estado en busca de una mejor vida. Atienza (2007) en un artículo de prensa, plantea como caso trágico lo suscitado en torno a la huelga de hambre iniciada por el confeso e irredento etarra Iñaki de Juana Chaos, responsable de la muerte de 25 personas, a quien se decide alimentar forzosamente –había que amarrarlo de pies y manos– cuando su muerte era inminente. Todos estos eventos inmiscuyen derechos de contenido individual, como la autonomía personal en especial, principios en sentido estricto como se vio más atrás.

La referencia al extranjero que por su ingreso ilegal es expulsado del país es tocado nuevamente en su "Curso de Argumentación Jurídica"; también se presenta como caso trágico el cobro de los créditos hipotecarios impagados en medio de la crisis económica que vive España: se deja a una familia sin hogar por no cumplir una obligación civil a causa de la disminución de ingresos económicos generado por la misma crisis, la que también hace que esta no se extinga totalmente por cuanto a que el inmueble ha perdido su valor, de modo que subsiste una deuda a pesar del remate de la casa (Atienza, 2013, pp. 812 y 813).

En este texto, se vio más atrás, el profesor de Alicante resalta lo injusto de nuestras sociedades como causa de lo trágico en el derecho.

En una visita a Bucaramanga, ante una serie de preguntas sobre casos trágicos, Atienza (2014) apuntaba su respuesta en el sentido de la anterior cita: ellos son de existencia residual en el sistema jurídico; provienen de fallas del sistema social que no los evita, y se replican en el derecho que no puede encontrar para ellos una respuesta correcta. Si las sociedades no fueran tan injustas, lo casos trágicos no se darían.

¿Son los gobiernos los causantes de esas fallas sociales? ¿Son ellos a quienes les cabe más responsabilidad en su origen? Si la respuesta es afirmativa vale la pena preguntarse si ¿estando tan inmersa en esas fallas, las soluciones –en algunos casos– no pueden surgir desde la administración pública? Desde luego que Atienza hace una apuesta muy fuerte por los jueces constitucionales y pareciera tener una irremediable decepción en la rama ejecutiva; tal vez ello es así porque en el Estado constitucional la judicatura tiene la última palabra[3]. Pero ¿puede renunciarse a tener autoridades administrativas respetuosas de los postulados constitucionales?

3 Al respecto dijo el juez Jackson: "No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra". Ver CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. Caso Brown vs. Allen. 344 U.S. 443,540 (1953)

3.3. La constitucionalización del derecho que regula la función administrativa

Un primer paso para visibilizar los retos que tiene la administración pública en el desarrollo de valores constitucionales, pasa por señalar que tal labor no se puede entender bajo su función de "aplicar la ley". La labor asignada por la exégesis francesa a la administración pública de proteger de intervenciones arbitrarias los derechos de libertad del ciudadano, no visibiliza la desigualdad de los hombres.

Lo anterior se supera con la asunción de un Estado social de derecho. Las personas no son iguales en el plano material, por lo que el Estado debe tomar medidas positivas para garantizar el disfrute de los no aventajados en cualidades y capacidades de todos los derechos, esto es de que todos reciban un trato digno.

Todo esto lleva a la administración pública a tener que planear medidas progresivas para satisfacer las nuevas exigencias de la cláusula de Estado social de derecho. En este contexto el ejecutivo no debe solo aplicar la ley –función propia en el sistema montesquiano– sino tomar decisiones con amplios márgenes de decisión, puesto que la ley no puede prever todas las actuaciones que son exigibles a la administración.

No le corresponde solo al juez la interpretación y aplicación del orden constitucional sino que en tal labor "están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y grupos" (Haberle, 2004, 150). Se entiende así a Zagrebelsky (2011) cuando señala que en el Estado constitucional debido "la multiplicación de leyes de carácter

social y temporal" se "pulveriza" el derecho del legislador. (p. 37). La Ley, antes suprema, ahora se subordina a la Constitución.

En esta situación también se exige de las autoridades administrativas decisiones que sean no solo conformes a la ley sino también a la Constitución, como criterio de justificación desde el sistema jurídico. En el evento de tener que aplicar principios jurídicos, la administración debe responder a la exigencia que el desarrollo de uno de ellos no suponga el sacrificio o inatención de otro con igual importancia. Debe entonces ponderar.

Así pues, pese a la pululación de valores o principios, los cultores del Derecho administrativo, cuyo estudio tradicionalmente se ha hecho desde la legalidad, no pueden ser ajenos a este nuevo desafío ni renunciar al propósito de dar una solución a cada caso.

Atienza (2004) en un escrito sobre la razonabilidad que debe acompañar a las decisiones administrativas defiende la idea según la cual "las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente en razón a la autoridad que las dicta" (p. 55), sostener lo contrario implica abrazar una concepción formalista del derecho. Y tratándose de la administración, sus decisiones se justifican por "las razones de fondo que se dan en favor de una determinada opción. Y un acto administrativo no motivado –dice Atienza (2004)– es como si:

> … una resolución judicial… careciera de antecedentes de hecho y de fundamentos de Derecho o que se limitara a enunciar una serie de hechos y normas sin dar, por ejemplo, ninguna razón de por qué se considera como probado un determinado hecho (p. 60).

Desde luego esta comparación entre la práctica administrativa y la judicial es planteada como un ejemplo para comprender la primera, y para preparar lo que dice después: "motivar una decisión no significa explicarla, sino justificarla". Y ello se replica tanto de las decisiones judiciales como administrativas; entonces "un acto arbitrario no es un acto sin causa, sin motivo, sin explicación, sino un acto que carece de razones que lo hagan aceptable, es decir que carece de justificación" (Atienza, 2004, p. 61).

Entonces, siendo los casos trágicos un problema cuya solución escapa a la ponderación por proporcionalidad, es una ilusión pensar en la posibilidad de que las autoridades administrativas, que también deben ponderar, no puedan afrontar casos trágicos. En el evento en que un acto administrativo resuelva un caso trágico, ¿este estaría viciado de nulidad, al punto que al ser sometido a control judicial tendría que ser anulado judicialmente? Pero, ¿no viviría el juez contencioso-administrativo también la tragedia? ¿Qué podría hacer él mejor que una buena decisión administrativa?

Se puede concluir pues que nada impide la existencia de casos administrativos trágicos. Su origen radica en la asunción de valores jurídicos en el Estado constitucional; y aunque las autoridades administrativas no tienen la última palabra para resolver los casos puestos en su conocimiento o surgidos en la realización de sus funciones, sí deben dar la mejor respuesta posible a todos ellos; es algo a lo que los particulares no pueden renunciar. Que no sean órganos de cierre en cuestiones constitucionales, no implica que puedan tomar decisiones en cualquier sentido. Así

por ejemplo, una autoridad administrativa no podría desligarse de aplicar el principio de menor daño constitucional a causa de no ser juez.

CAPÍTULO IV

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional Bajo Análisis

4.1. Un caso trágico en un proceso concursal

La Sentencia T-458 de 1997 es la decisión de la Corte Constitucional más cercana a la tradición minoritaria de la argumentación jurídica de reconocer la existencia de los casos trágicos, y se constituye en un importante referente para denunciar su existencia en el sistema jurídico colombiano.

4.1.1. Componente fáctico

Una compañía comercial, con sede en Bucaramanga, sujeta a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, fue convocada a solicitud de varios de sus pensionados a un concordato preventivo obligatorio, debido a que llevaba cerca de cinco años sin pagar las mesadas pensionales a su cargo.

Dicha Superintendencia designó a los respectivos liquidadores, quienes a juicio de los pensionados y trabajadores de la sociedad no estaban garantizando el pago de las pensiones y acreencias salariales y prestacionales, al destinar los activos de la sociedad a pagar impuestos, facturas de servicios públicos y hasta obligaciones posconcordatarias e incurrían en altos gastos administrativos.

La anterior situación llevó a los afectados a ejercer varias acciones de tutela en contra de esos auxiliares de la justicia y del juez del concordato para obtener la protección constitucional a los derechos fundamentales al trabajo, a la vida, a la salud y a la seguridad social, y al mínimo vital básico.

4.1.2. Las decisiones de los jueces de instancia

Los jueces y tribunales de primera instancia ordenaron el pago inmediato de las pensiones, mientras que los de segunda instancia, con algunas excepciones, revocaron las decisiones de primera instancia y denegaron los amparos constitucionales solicitados. Estas decisiones fueron seleccionadas por la Corte Constitucional, que las acumula en un solo proceso, en el que se profiere la Sentencia T-458 de 1997.

4.1.3. Argumentación y decisión de la Corte Constitucional

La Sala Tercera de Revisión de la Corte en la parte considerativa de su providencia recala en la prelación constitucional del

derecho al mínimo vital de los grupos especialmente protegidos, que en razón a condiciones de vulnerabilidad –como son las personas de la tercera edad– pueden afrontar situaciones en los que este derecho fundamental pueda no ser efectivo, caso en el que resulta procedente la acción de tutela. Enseguida señala que plurales disposiciones normativas establecen la prioridad de los pagos necesarios para hacer realidad el derecho de jubilación; y la calificación prioritaria de las acreencias pensionales en la prelación legal de créditos, la que no se reitera expresamente en el contexto de un trámite concursal, identificando así un vacío legal.

Se debe resaltar que la Corte Constitucional no cita ninguna sentencia como precedente. Solo en la reseña de los antecedentes, expone que profirió la Sentencia T-323 de 1996, cuya lectura muestra que en ella se concedió el amparo transitorio a un único pensionado de la misma empresa para el pago de mesadas pensionales atrasadas, lo que evidencia que ese caso no mostró en ese momento la complejidad fáctica, que solo se vislumbra en la T-458 de 1997.

Frente al caso en concreto, la Corte expone que la satisfacción de los derechos pensionales da lugar al impago de las acreencias laborales –vacaciones, prestaciones sociales e incluso salarios–, pues:

> … es razonable suponer que la empresa dista de tener la capacidad suficiente para cancelar integralmente las obligaciones laborales. Incluso, si se pagan de preferencia los gastos de administración –en todas sus graduaciones–, sería probable que no pueda absorber integralmente el pasivo laboral adquirido antes de la convocatoria al

concordato y, por lo tanto, de ninguna manera podría asegurar el pago futuro de las mesadas pensionales.

La imposibilidad de asegurar la satisfacción futura conjunta de las mesadas pensionales y de las obligaciones surgidas de los contratos de trabajo vigentes y otros gastos administrativos plantea una decisión dilemática: se puede pagar solo a un grupo de demandantes.

La Corte Constitucional afrontaba dos consecuencias gravosas: no preferir los derechos de los pensionados implica afectar el sustento mínimo de personas que por su edad se les dificulta el acceso a una fuente formal de ingresos económicos. Estas personas son consideradas como sujetos de especial protección constitucional (arts. 13.2 y 46 C.P.) por la notoria debilidad que apareja una avanzada edad.

Optar, por el contrario, en contra de los derechos de los trabajadores implica también un desconocimiento de su derecho fundamental al mínimo vital por cuanto a que los ingresos que les genera su trabajo van a satisfacer sus necesidades básicas y a permitir el desarrollo de su proyecto de vida. Y el trabajo es un derecho que se reconoce a toda persona sin importar sus condiciones físicas o económicas.

Ante esta situación, la Corte encuentra que es peor no pagarle a los jubilados y sí a los trabajadores; que viceversa. Es decir ante la evidencia que cualquier decisión que tome vulnera la Constitución de 1991, el Tribunal constitucional colombiano se decide por la que representa la menor transgresión a ella, es decir la que produce el menor daño constitucional.

Así decide ordenar solo el pago de las mesadas pensionales, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de la seguridad social y el mínimo vital de los pensionados.

Para la Corte no es fácil tomar esta decisión y se esfuerza en demostrar que las decisiones jurídicamente posibles en el presente caso implican siempre un efecto nocivo. Primero la Corte recuerda sus labores asignadas y la imposibilidad en ciertos casos para realizarlas, y el deber de asumir ciertas decisiones como trágicas:

> En un Estado de derecho, la tarea del juez consiste en promover y garantizar los derechos, principios y valores que defiende el ordenamiento. Cada decisión implica entonces la realización de un bien jurídico. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, el juez se encuentra ante una circunstancia trágica: las decisiones jurídicamente admisibles tendrán, necesariamente, todas ellas, un efecto nocivo. En estas circunstancias, la tarea del juez consiste en identificar y darle curso a la decisión que tenga el menor costo constitucional. En otras palabras, la que produzca el menor daño, desde una perspectiva constitucional. Es este, justamente, uno de aquellos casos.
>
> (…)
>
> No escapa a esta que la defensa del mínimo vital de las personas de la tercera edad, se traduce, en este caso particular, en el sacrificio de otros derechos de rango constitucional (…) No obstante, el daño constitucional que apareja es menor que el que se produciría al desamparar por entero a personas que por sus condiciones personales no

> pueden acceder al mercado de trabajo y, probablemente, no tendrán, hasta el final de sus días, otros ingresos que los provenientes de su pensión. Se trata, lo entiende la Sala, de una decisión trágica, pero la propia Constitución ordena que, en casos como el presente, se prefiera la protección del mínimo vital de los ancianos.

El pensamiento de la Corte Constitucional es claro: ante situaciones trágicas aunque no haya una respuesta absolutamente correcta, debe propender por la menor peor posible, la que menos daño cause.

4.1.4. Análisis

El caso resuelto en esta sentencia es ejemplarizante del caso trágico: las pretensiones entre pensionados y trabajadores están superpuestas: cada uno está en condiciones de exigir el pago de sus pensiones y salarios, sin embargo, debido a una circunstancia externa a ellos como es la situación financiera de su empleador no es posible satisfacer las consecuencias jurídicas de sus derechos, que chocan entre sí.

Aunque la Corte no señala en el texto de la sentencia cuál es el núcleo esencial de los derechos fundamentales que respaldan a ambos grupos de demandantes, es claro que a todos ellos se les compromete el mínimo vital de obtener una decisión favorable.

La solución planteada por la Corte Constitucional ante la imposibilidad de satisfacer las acreencias de los pensionados y trabajadores es altamente plausible: a pesar de reconocer las

gravosas consecuencias que traerá cualquier decisión que puede proferir, opta por el sacrificio de los más capaces y fuertes para hacer frente a la tragedia, que no son los pensionados por tener más dificultades para encontrar un nuevo empleo.

Debe resaltarse que esta decisión es excepcional ya que reconoce la existencia de decisiones trágicas, pues no ha sido reiterada en ninguna sentencia adicional. El reconocimiento de este caso bajo la denominación de "trágico" y de la resolución fundamentada en un "menor daño constitucional" se debe seguramente a la cercanía de la sentencia con la publicación en abril de 1997 del texto más importante escrito por Atienza (1997) sobre el asunto, del cual, puede decirse, la Sentencia T-458 de 1997 es aplicación del componente teórico de ese artículo.

4.2. Hermafroditismo en el impúber

La Sentencia de Unificación 337 de 1999 aborda algunos problemas que surgen en eventos de intersexualidad o hermafroditismo en niños, en especial acerca del alcance de la autorización de los padres o representantes legales para la realización de la intervención quirúrgica hormonal destinada a adecuar el cuerpo del niño al sexo que médicamente es posible asignar.

4.2.1. Supuesto fáctico

El caso surge en relación a una niña de siete años de edad que presentaba ambigüedad sexual (hermafroditismo masculino).

Se hace referencia a una niña pues eran los genitales femeninos los más desarrollados. De allí que la partera que atendió el nacimiento considerase que era una niña; y como tal fue tratada desde el inicio por su familia y medio social próximo. A los tres años de edad, en un examen médico se encontró un falo de tres centímetros de largo, que asemejaba un pene, junto con un pliegue de labios escrotales con arrugas y en su interior, gónadas simétricas de un centímetro de diámetro.

El diagnóstico médico habló de "seudohermafroditismo masculino". Su tratamiento quirúrgico exigía la readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la plastia o remodelación del falo (clitoroplastia) y de los labios de la vagina. En favor de este tratamiento, los médicos tratantes afirmaban que el falo que se desarrollaba nunca iba a ser igual a un pene ni tendría la posibilidad de funcionar como tal. Pese a lo anterior, los médicos tratantes se negaron a realizar dicha operación a solicitud de la madre, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional indicaba que la decisión de realizarla debía provenir de la propia niña. Ante esta omisión la madre de la niña interpuso una acción de tutela a fin de que se autorizara a realizar la cirugía para la remodelación de los genitales de su hija.

4.2.2. La decisión del juez de instancia

El juez colegiado de instancia admitió la acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y de la Defensoría del Pueblo. En su providencia, que no fue impugnada, avaló la negatoria de los médicos tratantes al manifestar que la madre no podía autorizar la cirugía.

4.2.3. Argumentación y decisión de la Corte Constitucional

La Corte fue consciente de que debía decidir un dilema: encontró dos soluciones posibles que implicaban un sacrificio más que importante a un grupo de los derechos que resultaban aplicables al caso.

La Corte Constitucional identifica como principios en colisión al de beneficencia y a la autonomía personal. El primero, reconoce la Corte, ordena respetar la decisión que tomen los padres frente a los tratamientos médicos tempranos que deban recibir sus hijos. El de autonomía, por su parte, ampara que toda intervención médica solo pueda realizarse con el consentimiento del directamente afectado, lo que adquiere especial importancia en cirugías de reasignación del sexo.

La Corte consideró que la niña estaba en una edad en la que si bien no gozaba de una madurez, contar con su aquiescencia era imprescindible a la hora de decidir la realización de cualquier tratamiento médico. La autonomía en el ámbito de la salud que permite acoger o no un concepto médico, dice la Corte, no se puede equiparar con la capacidad legal. Una persona incapaz legalmente, puede ser autónoma para tomar una decisión médica, así como una persona capaz jurídicamente puede ser considerada incompetente para decidir un asunto médico. Además, dar espera hasta el desarrollo de un criterio maduro para decidir un asunto como la definición de los órganos genitales, no solo permite que la cirugía tenga más posibilidades de éxito sino que también reduce las consecuencias emocionales que se pudieran derivar y, en especial, minimiza el margen de error en la decisión acerca del sexo con el cual la persona se siente más identificada. Empero, la Corte no podía obviar la necesidad

advertida por los médicos de que el procedimiento quirúrgico se realizara antes de la pubertad, a fin de evitar afectaciones psicológicas y sociales.

Y para el cancerbero constitucional, ninguna de estas dos opciones aseguraba plenamente la satisfacción de los derechos fundamentales en juego. Así, ordenar a los médicos tratantes de la niña la realización de la clitoroplastia, implicaba negar la autonomía personal de la niña, y con ello asumir el riesgo que ella en una etapa madura no estuviera de acuerdo con la decisión de su madre, y tuviera que asumir unas consecuencias gravosas e irreversibles por una decisión que no fue propia.

La Corte Constitucional no elude las características de la situación que tenía ante sí, y apuesta por la configuración de un caso trágico, al decir que

> …estamos pues en presencia de lo que algunos sectores de la doctrina han denominado un caso que no solo es difícil, sino que incluso es trágico, pues si bien el juez se encuentra obligado a sentenciar, cualquier decisión parece inadecuada, por lo cual es necesario llegar a aquella resolución que sea humanamente menos dolorosa y que menos afecte los principios constitucionales en juego...

Y ante ese escenario la Corte resolvió postergar la decisión sobre la fecha probable para la realización o no de la clitoroplastia, y ordenó conformar un equipo interdisciplinario que le brindara apoyo psicológico y social necesario a la menor y a su madre, a fin de que pudieran comprender adecuadamente la situación a la cual se enfrentaban. La Corte determinó que estos servicios médicos corrían a cargo de su prestadora de salud, pero que la

coordinación de aquel equipo correspondía al ICBF, que debía estar conformado por médicos, sicoterapeutas y un trabajador social que acompañaría a la menor y a su madre en todo el proceso, para que fuera ese equipo el que determinara cuándo la menor gozaría de su autonomía para tomar dicha decisión.

4.2.4. Análisis

Pese a que los magistrados de la Corte desnudan su alma y dan cuenta sobre los temores que el caso de la impúber hermafrodita les presenta, no es posible aceptar que se está ante un caso trágico. El dilema que advierte la Corte surge porque no es posible predecir los hechos futuros. En la mayoría de los casos que deciden los jueces los hechos se presentan ya ocurridos, estando a cargo de las partes probarlos y de esa manera permitirle al juez formarse una certeza fáctica sobre la cual decidir, certeza que en el caso bajo análisis era una quimera.

El caso trágico se caracteriza por la irremediable afectación de alguno de los principios en pugna. En el caso del hermafrodita impúber son posibles cursos fácticos en el que se elimina toda colisión de los principios, como sería el evento en que la niña estuviera de acuerdo con realizarse la operación deseada por su progenitora. En este evento el principio de beneficencia y el derecho a la autonomía sanitaria apuntarían al mismo resultado. No hay superposición total-total de los supuestos de hecho en los principios en pugna.

También, ambas alternativas de decisión guardan el germen de afectación como de garantía de los derechos fundamentales de

la niña. Además, pese a que cualquier decisión que se tome tiene la potencialidad de no poder ser absolutamente satisfactoria, ninguna trae la exclusión total o absoluta del principio excluido en la decisión. Es decir, ninguno de los principios queda anulado.

Y si bien es cierto, se opta por la prevalencia de la autonomía frente a la beneficencia, la Corte hace todo lo posible para disminuir los alcances de las consecuencias que implicaba el menor peso del principio de beneficencia, tal como se reflejó en la orden de constituir un equipo interdisciplinario que permitiera un crecimiento psicológico y socialmente sano. Es decir, que ambos principios se aplican en mayor –principio de autonomía– o menor medida –principio de beneficencia–; se comportan pues como mandatos de optimización, lo que no sucede con los principios que se absolutizan en el caso trágico.

Todo lo anterior indica que la colisión en la que se desenvuelve el caso analizado no lo lleva a ser trágico. La referencia a "lo trágico" de la decisión se refiere más bien a la desazón que aborda a la Corte por no tener certeza o seguridad de que alguna de las decisiones posibles redunde en el beneficio de salud de la niña. Desde luego que hay un dilema, pero no es el que envuelve al caso trágico. Ese dilema para la Corte Constitucional se erige en la indeterminación de los resultados de la decisión escogida, en el alto grado de incertidumbre de los resultados posibles.

4.3. El caso Verónica

La elección de esta sentencia para su análisis se deriva de la búsqueda en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

colombiana, de situaciones fácticas similares a casos trágicos así reconocidos en la doctrina y jurisprudencia extranjera. El caso Verónica, resuelto en la Sentencia T-292 de 2004, es el más similar de los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre hijos de crianza al caso Serena, decidido en Italia.

4.3.1. Componente fáctico

La semejanza entre los casos Serena y Verónica se limita a sus componentes fácticos y no así en las resoluciones judiciales, pues mientras los jueces italianos decidieron separar a Serena de su familia de crianza, la Corte Constitucional decidió mantener a Verónica con sus padres de crianza ordenando de manera excepcional iniciar el trámite de adopción a favor de aquellos.

Ahora bien, esto no implica una total identidad de los hechos. La semejanza de los casos Serena y Verónica radica en las ilegalidades cometidas por los padres de crianza para iniciar y mantener (oculto de las autoridades administrativas y judiciales) los lazos afectivos y la integridad de la familia conformada con las niñas.

Así, el padre de crianza de Serena pudo ingresarla a territorio italiano después de declarar ante la embajada italiana en Filipinas que ella era su hija extramatrimonial, lo que permitió que junto con su cónyuge italiana establecieran lazos afectivos tratándola como su hija. Aunque las circunstancias en las que entró Serena a Italia nunca fueron del todo aclaradas, en la prensa y en los estrados judiciales se señaló que el matrimonio de los padres de crianza de Serena ya había adoptado legalmente a un niño

filipino. Tiempo después solo el padre viajó a Filipinas con el deseo de adoptar una niña, para que fuera su hermana. Al llegar se encontró unas nuevas leyes para la adopción por parte de extranjeros que exigían residir en el país por 18 meses, lo que no podría cumplir. Así, él decidió registrar a Serena como hija propia, motivado además por el delicado estado de salud en que se encontraba (Ginzburg, 2010).

Los de Verónica, por su parte, lo hicieron por medio de un manuscrito emanado de su madre biológica que fue autenticado ante notario en el que manifiesta no poder sostenerla y el deseo de darla en adopción a ellos para que la bauticen y la registren como su hija biológica, que fue firmado por todos[4]. Poco tiempo después los padres de crianza de Verónica la registraron como su hija nacida de su unión material de hecho[5].

Lo anterior, permitió que Serena y Verónica desarrollaran lazos afectivos fuertes y reconocieran como padres a personas con quienes no tenían vínculo biológico alguno. Ellas se convirtieron en virtud del amor, apoyo y cuidados, en hijas de crianza y aquellos en padres de crianza[6].

Y una vez fueron descubiertos, los padres de crianza en uno y otro caso iniciaron trámites administrativos para mantener la custodia de las niñas acudiendo a figuras jurídicas como la

4 En el caso colombiano la madre biológica inició procesos judiciales y administrativos tendientes a recuperar a su hija.

5 Para ello se valieron de dos testigos, como lo exige el artículo 31 del Decreto 1260 de 1970 o Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas.

6 El hijo de crianza es una cuarta categoría dentro de la clasificación de hijos del sistema jurídico colombiano; y a diferencia del hijo matrimonial, extramatrimonial y adoptivo su origen no es legal sino jurisprudencial (Acosta y Araujo, 2012).

adopción con acogimiento[7] y, en el caso colombiano, el hogar amigo[8].

4.3.2. Las decisiones de los jueces de instancia

4.3.2.1. En el caso Serena

Un tribunal de Turín optó por desarticular la familia de crianza e incluir a Serena en el sistema estatal de protección de niños, enviándola a un orfanato italiano. Los informes señalaban el buen cuidado y el amor que le prodigaban sus padres de crianza y la buena voluntad que ellos habían tenido para llevarla a Italia; incluso compartía con un hermano de crianza de su mismo país –que sí había sido adoptado legalmente en Filipinas–. Desde luego, los jueces italianos conocían que la separación de su familia de crianza afectaría a Serena.

No se dio prioridad entonces al interés de la niña, sino que se sancionó las ilegalidades cometidas por sus padres de crianza. Persiguió esta decisión no incentivar a los mercaderes de niños, tema sobre el cual se había legislado en Italia con cierta importancia (Zagrebelsky, 2011).

7 En Italia el acogimiento familiar es una etapa dentro del proceso de adopción previa a la toma de decisión definitiva de dar en adopción a un niño a sus nuevos padres.
8 Como hogar amigo se ha referido la jurisprudencia a la familia que ha acogido voluntariamente a un niño para su cuidado y protección. A diferencia del hogar sustituto la estancia del niño en el hogar amigo puede superar los seis meses, por lo que se debe procurar mantenerlo en él para evitarle afectaciones. La importancia del hogar amigo radica en que a posterioridad los cónyuges pueden ser adoptantes del niño. Al respecto ver la Sentencia T-497 de 2005

4.3.2.2. En el caso Verónica

El juzgado de primera instancia decidió dar aplicación al principio de prevalencia de los derechos del niño y proteger su derecho fundamental a tener una familia. En el caso en concreto señaló que pese a todas las irregularidades que permitieron que Verónica hiciera parte del seno de su familia de crianza, no podría desconocer que entre ellos habían surgido unos vínculos afectivos que deben ser protegidos. Así ordenó entregar a la niña a su familia de crianza de manera provisional como un hogar amigo, ya que el Bienestar Familiar había decidido enviarla a un hogar sustituto. Esta decisión se constituye en una medida cautelar mientras que se define la medida de protección que se da a la niña (dentro de las que está declararlo en situación de adoptabilidad).

El tribunal de segunda instancia revocó la anterior decisión. En su argumentación tiene más peso el reproche a las ilegalidades cometidas en el proceder de los padres de crianza para quedarse con Verónica, e interpreta que el interés superior de la niña se satisface al cortar los nexos con quienes la separaron de su madre biológica y al posibilitar que se establecieran nuevamente los vínculos afectivos con toda su familia biológica. Por ello, ordenó ubicar a la niña en un hogar sustituto y no con sus padres de crianza mientras era posible su adaptación a su familia biológica.

4.3.3. Argumentación y decisión de la Corte Constitucional

4.3.3.1. La regla jurídica

El caso Verónica encuentra a la Corte colombiana con un precedente consolidado sobre el hijo de crianza. Como se

puede ver en Acosta y Araújo (2012) la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde 1994 ha protegido los derechos de los niños que sin tener ningún vínculo sanguíneo o civil se han constituido de facto como partes de una familia que le da amor y protección y la que reconoce como propia, denominándolos hijos de crianza.

El principal derecho del hijo de crianza precisamente proviene de su mayor amenaza: ser separado de quienes lo han acogido con amor tratándolo como si fuera un hijo propio, por lo que la Corte ha establecido el derecho a no ser separado de sus padres de crianza, aun cuando su familia biológica tiempo después reclama la vuelta a su seno.

Cerca de cuatro sentencias de tutela le dieron cierta tranquilidad a la Corte Constitucional para resolver el caso Verónica pues existían reglas jurisprudencialmente construidas[9]. No era de esperar de la Sentencia T-202 de 2004, entonces, una argumentación ponderativa pues ya se había dado en esas decisiones previas. Recuérdese que toda colisión de principios concluye con una regla que traduce deónticamente su orden de prioridad.

De esta manera, el trabajo argumentativo de la Corte se restringió a satisfacer su carga de transparencia al explicar el precedente y las razones que lo justifican, y su aplicación frente a la situación de Verónica. Su argumentación fue, no de otra manera, en la mayoría de sus aspectos subsuntiva.

9 Esta línea incluía eventos de niños expositivos o sujetos a un procedimiento administrativo del Bienestar Familiar en los que se había decidido la colocación provisional en hogares sustitutos que se prolongaba a causa del olvido de las autoridades por varios años, tiempo en el cual surgía una familia de crianza.

Por lo anterior, en la medida en que ya había ponderado en situaciones anteriores sobre el hijo de crianza y tenía una regla para decidir, a ojos de la Corte Constitucional el caso Verónica fue un caso fácil.

De la carga argumentativa expuesta en la Sentencia T-202 de 2004 se puede establecer la siguiente regla jurídica:

Condiciones de aplicación o Hipótesis de Conducta	**Consecuencia jurídica**
- Para que exista el hijo de crianza debe haber afecto y trato amoroso entre los padres y aquel hijo, de modo que él valore y reconozca a estos como sus padres y él igualmente sea tratado como un hijo. Los vínculos que unen a la familia de crianza deben ser sólidos. - En la "traslación" del hijo de crianza de su familia biológica a su familia de crianza, debe mediar la buena fe. - La estancia con su familia de crianza debe darse con la satisfacción de todos los derechos que tiene como niño.	Debe procurarse que el hijo de crianza no sea separado de su familia de crianza

Los argumentos desarrollados a partir de principios constitucionales que sustentan la anterior regla son los siguientes:

- Todo niño tiene derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

- Existe una presunción a favor de la familia biológica para que un hijo esté con ellos, y no con otras personas.

- Sin embargo, cuando por un lapso considerable el hijo de crianza reconoce como padres a unas personas que no son sus progenitores "el ámbito de protección del derecho a la familia del menor involucrado se traslada hacia su familia de crianza".

- Lo anterior no implica que la presunción desaparezca sino que deja de tener efectos. Puede que la familia biológica sea apta para criar al hijo de crianza, pero el interés superior del niño y el carácter prevalente de sus derechos hacen "que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza".

Frente a esta regla deben hacerse ciertas precisiones: lo que se debe entender por la aplicación del principio constitucional de la buena fe en el escenario del hijo de crianza y los posibles hechos que la nieguen, no queda explicado en esta sentencia y tampoco se encuentra en los pronunciamientos previos. Sin embargo, bien puede entenderse que la Corte alude a la buena fe exenta de culpa, para cuya aplicación se requiere la consciencia de actuar con rectitud, con lealtad –elemento subjetivo–, y "la seguridad de que quien se presenta como titular del derecho o situación, realmente es titular de tal derecho o situación" –elemento objetivo– (Monroy, 2006, p. 451).

En cuanto a los efectos o consecuencia jurídica, debe indicarse que mayoritariamente la jurisprudencia del hijo de crianza de la Corte Constitucional se orienta a superar la ilegal situación que lo identifica, y en esta labor la Corte reconoce y respeta dos límites (i) la prohibición existente en el sistema jurídico colombiano de

adoptar a personas determinadas[10], y (ii) la competencia del Bienestar Familiar para adelantar el procedimiento de adopción, la que no puede ser usurpada por el juez de tutela[11].

Así, la Corte en sus sentencias suele ordenar que mientras que el proceso de restablecimiento de derechos se lleva a cabo, el hijo de crianza permanezca con su familia de crianza en virtud de la figura del hogar amigo y cuando el menor ya ha sido declarado en condición de adoptabilidad establece la posibilidad de que los padres de crianza aspiren a adoptarlo en iguales condiciones a otras familias que se postulen a recibir al menor, sin que pueda excluírseles por su condición de padres de crianza y por el contrario se debe valorar "los vínculos existentes y el apoyo al crecimiento del niño" a su favor dentro del proceso de adopción (T-941 de 1999).

La protección a la familia de crianza desarrollada por la jurisprudencia constitucional colombiana, entonces, se caracteriza como provisional y cautelar, y no conclusiva o definitiva. Es decir, el derecho de la familia de crianza de permanecer con el hijo de crianza en su seno no es absoluto pues dentro del proceso de adopción –que no se puede evadir– puede presentarse una familia que le brinde mejores condiciones al niño, esto es que en su trámite puede resultar un hogar que destaque por sobre el de la familia de crianza.

10 Esto solo es posible cuando a quien se quiere adoptar es hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante (este es el caso del hijastro).

11 El Código de Infancia y Adolescencia de 2006 establece en su artículo 62, que la autoridad central en materia de adopción es el ICBF y que solo él puede desarrollar programas de adopción y las instituciones que llegue a autorizar. El artículo 107 del derogado Código del Menor y vigente al momento de la ocurrencia del Caso Verónica, regulaba la competencia para dicho trámite en los mismos términos.

Las decisiones de la Corte reflejan la complejidad que entraña la decisión de determinar quiénes deben ser adoptantes, en donde se valoran diferentes razones y no únicamente las relaciones de afecto que unen al hijo con sus padres de crianza.

Lo anterior muestra que es posible que un hijo de crianza resulte separado de su familia de crianza. Situación que debe ser justificada por la obtención de beneficios superiores con la adopción de una familia distinta a la de crianza, que la afectación representada en el dolor que genera romper los vínculos afectivos del hijo de crianza[12].

Así pues, resalta en las decisiones de la Corte la necesidad de que un hijo de crianza permanezca el mayor tiempo posible –cuando menos hasta que se tome una decisión definitiva sobre su futuro– en el ambiente de protección y amor que le brinda su familia de crianza.

4.3.3.2. Aplicación al caso Verónica

Ahora al leer el ejercicio subsuntivo de la Corte Constitucional en la Sentencia T-292 de 2004 salta a la vista algo muy curioso: pareciera que la Corte implícitamente valora que los padres de crianza han actuado de buena fe, sin hacer un análisis de su conducta desde los postulados de este principio constitucional, lo cual era necesario ante las evidentes ilegalidades en que ellos incurrieron.

12 Así, por ejemplo, en la Sentencia T-290 de 1995, la Corte Constitucional avaló la separación de una hija de crianza con su padre de crianza, debido a que las condiciones económicas de vida de este no eran suficientes para el adecuado crecimiento de la niña.

En los casos de los precedentes judiciales tampoco se realiza un análisis probatorio similar. En todo caso puede valorarse la falsa inscripción en el Registro Civil de Verónica como hija extramatrimonial de los padres de crianza como una medida necesaria para su vinculación a los sistemas de seguridad social en salud y –en un futuro mediato– de educación, así como procurar el reconocimiento social-formal de Verónica como su hija. Todo ello representa una manifestación del cumplimiento del elemento objetivo de la buena fe exenta de culpa.

Además, aunque no fue objeto de consideración por la Corte, ya que solo se hace referencia en los antecedentes, se contaba con una decisión judicial que reconocía la consciencia de buena fe en los padres de crianza de Verónica al iniciarse los lazos afectivos como familia de crianza. Se trata de la absolución dictada por la Fiscalía General de la Nación a favor de aquellos por el delito de obtención de documento público falso, decisión que se funda en el obrar "con error invencible que no concurría en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica… al cual arribaron amparados en el documento que contenía una autorización expresa de la persona que a su juicio podía decidir sobre la suerte de la niña". Esa decisión de la justicia penal refleja el cumplimiento del elemento subjetivo de la buena fe exenta de culpa, por parte de los padres de crianza de Verónica.

Desde luego, la Corte reprocha las ilegalidades que rodearon el surgimiento de los lazos afectivos de Verónica con sus padres de crianza por lo que califica a la diligencia notarial mediante la cual se autenticó la autorización de adopción a persona indeterminada como "insólita" e "inusitada", resolviendo compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Superintendencia de Notariado y Registro para que si lo

consideran pertinente adelanten investigaciones en contra de la notaria que dio fe pública a ese documento.

Lo que sí fue de interés para la Corte y pudo verificar con amplitud –y de allí la gran extensión de la sentencia– fue el amor que se profesaban mutuamente los padres de crianza y Verónica, lo exitoso que fue su proceso de adaptación y consolidación como miembro de esa familia y el bienestar que disfrutaba con ellos. Se recaló a su vez en las afectaciones que Verónica había sufrido al ser separada de sus padres de crianza, el rechazo que tenía hacia su madre biológica, así como el desinterés demostrado de esta y demás familiares biológicos durante un considerable lapso por su bienestar y por establecer una relación familiar.

Estas particulares circunstancias llevaron a la Corte a tomar una decisión excepcional. Si bien durante el trámite de la revisión constitucional la Corte siguió su precedente y ordenó que reintegraran a Verónica a su familia de crianza en calidad de hogar amigo, finalmente resolvió imponer como medida de protección el inicio de trámites de adopción por parte de sus padres de crianza.

Expresamente reitera el criterio expuesto en la Sentencia T-941 de 1999, que se reseñó más atrás, pero para el caso de Verónica estableció que era necesario determinar el contenido de la medida de protección de manera inmediata, pues según los conceptos psicológicos “cualquier ruptura o perturbación adicional [con sus padres de crianza] podría incidir en forma negativa sobre su proceso de desarrollo”.

A su vez estos indicaban “la alta capacidad adaptativa de Susana, que le ha permitido sobrellevar adecuadamente las

separaciones traumáticas de las que ha sido objeto y reasumir plenamente su rol de hija dentro de la familia de Carmen y Roberto". Ante esta situación de excepcional recepción de Verónica en su familia de crianza y su estado actual de desarrollo físico y psíquico, para la Corte esos padres de crianza eran aptos para adoptarla.

4.3.6. Análisis

Si se analiza el caso Serena a partir del precedente constitucional colombiano sobre el hijo de crianza, se tendría que un juez colombiano habría fallado en el mismo sentido de la decisión del tribunal de Turín. En efecto, a diferencia de los padres de crianza de Verónica, los de Serena no se verían amparados por el principio de buena fe. Estos últimos conocían tantos las antiguas como las nuevas normas jurídicas filipinas de adopción y al no poder cumplir estas últimas optaron por cometer fraude, haciendo lo mismo con la normatividad italiana. Por el contrario, nada indica que los padres de Verónica actuaran por fuera de los postulados de buena fe.

Lo anterior, se reitera, demuestra que los casos Serena y Verónica tan solo son parecidos pero no análogos, puesto que nada indica que los padres de crianza de esta última no actuaran amparados en la buena fe.

Con ello, se demuestra que la ausencia de la buena fe tiene la potencialidad de desarticular la familia de crianza. Pero para allanar el camino de los objetivos de este texto, en todo caso cabe preguntarse si ¿el principio de buena fe tiene el peso

suficiente para mantener vigente el vínculo que surge entre el hijo de crianza y su familia de crianza?, es decir, ¿la presencia de buena fe en la constitución de la familia de crianza es suficiente para no desarticularla?

A nuestro juicio, teniendo como fundamento la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el hijo de crianza, el actuar de buena fe, inclusive, no es el elemento definitivo para dar eficacia al derecho del hijo de crianza a permanecer con sus padres de crianza. Ello porque en la aplicación de este derecho, media la valoración de otras opciones de familia para el hijo de crianza, fuera de sus padres de crianza.

Lo anterior quiere decir que las exigencias propias del principio de buena fe no tienen la entidad suficiente para negar los mandatos mínimos del principio del interés superior del niño, que ordena buscarle al hijo de crianza, como cualquier niño en situación de adoptabilidad la mejor familia posible que garantice sus derechos fundamentales.

Y si se apostara por una postura cercana a la de Zagrebelsky y se optara, en aras de discusión, por excluir "el actuar de buena fe" de la hipótesis de conducta de la regla creada por la Corte Constitucional colombiana, lo cierto es que en dicho escenario tampoco se garantizaría el derecho a que hijo y padres de crianza permanecieran unidos. En ese escenario lo determinante para tomar esa decisión sería, también, identificar la familia con mejores condiciones para satisfacer sus derechos.

Como apunta la acertada crítica de Lariguet (2005) a la lectura del caso Serena que hace Zagrebelsky, la configuración del caso trágico depende del modo en que los principios constitucionales sean interpretados.

Así, aún en el peor de los casos, a partir de la jurisprudencia colombiana pareciera que el principio de buena fe carece de la connotación jurídica para mantener a cualquier costo la integridad de la familia de crianza, pues se insiste: aún con el actuar de buena fe nada garantiza que en el proceso de adopción de los hijos de crianza no haga aparición una familia que sea una mejor opción que la familia de crianza para adoptarlo.

De este modo, el interés superior del niño frente a los casos de hijos de crianza ha sido interpretado por la Corte Constitucional, como el deber de establecer cuál familia reuniría las mejores condiciones para el cuidado y el crecimiento personal durante su vida. Si dentro del proceso de adopción se presentara una familia mejor que la de la familia de crianza, el derecho de permanecer del hijo de crianza con aquellos debe ceder.

Todo lo anterior, allana el camino para concluir que el hijo de crianza no es en Colombia un caso trágico, debido a que la configuración del principio de interés superior del niño y de su derecho a no ser separado de su familia de crianza, en los eventos en que lleguen a colisionar no irían más allá del óptimo de Pareto, y por tanto no entrarían en el proceso de absolutización.

Las exigencias mínimas no quedarían comprometidas, debido a que el derecho del hijo de crianza a permanecer con su familia y el principio de buena fe jamás podrían soslayar el principio del interés superior del niño. En la primera parte del documento se indica que en el caso trágico se desarrolla un proceso de absolutización de los principios en pugna; en los casos de hijos de crianza aquel no se da.

4.4. Un creyente en su odisea

La Sentencia T-052 de 2010 se adentra en la renuncia, fundada en la fe, de un testigo de Jehová a realizarse un tratamiento médico que requiere transfusiones de sangre, y su interés se deriva por la referencia en la parte motiva de esta sentencia de la necesidad de tener siempre dos opciones al decidir para que se pueda predicar que una decisión es libre.

4.4.1. Componente fáctico

José Germán Álava Apráez presenta Hemoglobinuria Paroxística Nocturna, la cual genera una pérdida de proteínas que afectan las membranas de, en especial, sus glóbulos rojos, los que terminan siendo atacados por el sistema de defensa del mismo cuerpo hasta su destrucción. Esto produce anemias, excreciones de sangre por el sistema urinario en horas de la noche, fallas de médula ósea, disminución de plaquetas y leucocitos y, por tanto, una mayor susceptibilidad a infecciones. El cuerpo queda indemne ante la muerte.

Al momento de presentar la acción de tutela, el demandante era tratado con esteroides y ciclofosamida que solo tenían un efecto paliativo y no curativo ya que solo disminuyen la acción dañina sobre los glóbulos rojos–. Sin embargo, estos medicamentos se suspendieron por sus efectos colaterales: decaimiento e incapacidad para respirar normalmente, lo que le generó incapacidades continuas y obligó a vivir en permanente reposo.

La enfermedad del demandante cuenta con un tratamiento curativo, esto es idóneo para garantizar su vida. Se trata del trasplante de médula, procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (en adelante POS)–, que fue ofrecido por su EPS pero rechazado por ser contrario a su credo religioso que con fundamento en una interpretación exégeta de ciertos pasajes bíblicos rechaza las transfusiones sanguíneas, las que son necesarias para adelantar el trasplante de médula. Rechaza que se le llegue a obligar a practicársela.

Ante esta situación su médico tratante y otro particular le señalaron que podía ser tratado con "Eculizumab" o "Soliris", medicamento que no tiene registro INVIMA[13], por lo cual no es comercializado legalmente en el país.

En particular, la pretensión del demandante se concretó en que su EPS le suministrara ese medicamento puesto que él no tenía los recursos para adquirirlos. Dentro del proceso se establecería que el costo del tratamiento con "Eculizumab" ascendía a cerca de 700 millones de pesos –contra 150 millones de pesos, valor del trasplante de médula ósea– y que no era curativo sino que apenas disminuía los síntomas de la enfermedad.

4.4.2. La decisión del juez de instancia

Niega la protección tutelar. Argumenta que el POS incluye una alternativa a lo pedido por el actor, que es el tratamiento principal curativo de su enfermedad. También expone que acceder a lo pedido repercutiría económicamente al sistema de salud, pues

13 Se otorga una vez se comprueba que un medicamento no constituye un riesgo para la salud de los colombianos.

el valor es mucho mayor a la medida legalmente prevista, y no tiene una capacidad curativa para el actor.

Frente a la cuestión religiosa del asunto, señaló que de acogerse lo pedido por el actor se estaría "protegiendo preferentemente a una persona no por su estado de salud, sino por sus convicciones religiosas", lo que desconocería el principio de igualdad, y se estaría prefiriendo al derecho a la libertad de cultos por encima de la vida, que es más importante en el ordenamiento jurídico colombiano.

Destacó también el juez de instancia que la decisión del demandante fundada en sus creencias religiosas de no someterse a la transfusión de médula ósea ha sido respetada por su EPS, lo que emana de un raciocinio libre y voluntario de una persona mayor de edad.

La sentencia de primera instancia no fue apelada.

4.4.3. Argumentación y decisión de la Corte Constitucional

El caso fue seleccionado por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional conformada por los magistrados Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez –quien salva su voto– y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En la sentencia, la Corte se plantea como problema jurídico determinar:

> … si tras el rechazo del actor al tratamiento terapéutico de cura ofrecido por la EPS, en razón de sus creencias religiosas, la negativa de la entidad accionada a suministrar

el medicamento excluido del POS –pero autorizado por su médico tratante– constituye una vulneración de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud en condiciones dignas y al libre desarrollo de la personalidad.

4.4.3.1. La configuración de los principios en pugna

a) La libertad religiosa y el libre desarrollo de la personalidad: la Corte Constitucional recuerda que la Constitución colombiana de 1991 establece una cláusula general de protección a las libertades que ella consagra, puesto que "las personas nacen *libres* y deben gozar de su *libertad*", por lo que autoridades públicas y particulares están obligados a respetar las decisiones libres adoptadas por los individuos.

Para determinar el contenido del derecho a la libertad la Corte acude a la doctrina y cita al pensador letón-inglés Isaiah Berlín, quien plantea que el ejercicio de la libertad implica en síntesis "concebir fines y medios propios y realizarlos", siéndose responsable de las consecuencias de las escogencias que se tomen, y destaca que "en la libertad deben siempre existir como mínimo dos opciones, esto con el propósito que el individuo ejerza su libertad eligiendo por cual opta". Si no se tienen en cada evento decisorio dos alternativas, no se puede hablar de una decisión libre. Esta cita a Berlín tiene importantes consecuencias para edificar una crítica a la decisión de la Corte, que en parte explota el salvamento de voto.

Sobre la libertad religiosa en particular, la Corte señala que como derecho fundamental "protege a las personas en sus

creencias frente a cualquier imposición de obrar en contra de ellas", y que adoptar una u otra creencia es expresión del libre desarrollo a la personalidad. Sus límites están: (i) en los derechos de los demás, por cuanto a que su ejercicio no puede hacerse de tal manera que niegue o excluya los de otras personas, y (ii) en el imperio de un orden justo y el interés público, de modo que se garantice la convivencia armónica y la prosperidad general.

En relación a los límites del derecho a la libertad religiosa señala que "deben ser establecidas por la Constitución o la ley, y no ser arbitrarias ni discrecionales", de modo que cualquier intervención tenga un fundamento jurídico previo y no en una particular percepción de otra persona.

b) El derecho a la vida y a la salud: la Corte se remite a su precedente según el cual negar la prestación de un servicio médico o de una medicina por solo no estar incluido en el POS, no es un argumento válido. A través de la excepción de inconstitucionalidad se pueden inaplicar sus reglas siempre que se vulneren derechos fundamentales, que el medicamento excluido del POS no sea sustituible por uno que sea efectivo y que esté en él, y que ese medicamento excluido fuese prescrito por un médico de la EPS al que está vinculado el recurrente.

Sobre el rechazo de pacientes a tratamientos médicos, recuerda la Corte que en cuanto a que él es el titular de su propia vida por lo que en él recae la decisión de utilizar o no los recursos médicos existentes para garantizar una vida saludable.

Para la toma de esta decisión, se deriva del derecho a la salud la obligación para el médico tratante de informar al paciente sobre las diferentes posibilidades médicas, en cuanto a su

eficacia, riesgos y consecuencias. Solo después que se satisface este mandato, la decisión del paciente de rehusar la prestación médica vincula a su EPS y médico tratante quienes se liberan de desarrollarla. Desconocer esa decisión transgrediría la libre autodeterminación del paciente.

4.4.3.2. El precedente constitucional sobre la tensión entre libertad religiosa y derecho a la salud

La Corte constitucional cumple su carga de transparencia y se remite a decisiones previas proferidas en casos análogos al que tenía que resolver. Destaca que:

a) En la Sentencia T-659 de 2002 no se aceptó la solicitud del demandante de transfundir forzosamente sangre a su cónyuge que por ser testigo de Jehová la había rechazado, y cuya vida estaba en riesgo[14].

b) También en la Sentencia T-823 de 2002 se negó la petición de la accionante de obligar a su médico a realizar una cirugía sin realizar transfusiones de sangre, como lo exigía su credo religioso pero que contrariaba la *lex artis* médica.

c) Luego, en la Sentencia T-471 de 2005 señaló que resultaba razonable y legítimo que una persona se negara a realizarse un tratamiento médico si este contraría su concepción religiosa, pero ordenó el suministro de unos medicamentos alternativos a la transfusión de sangre, los que eran negados por su EPS.

14 En el trámite de la tutela la mujer murió.

Es clara entonces –concluye la Corte– la prioridad de la autonomía de la voluntad del paciente en la jurisprudencia constitucional para rechazar tratamientos médicos, cuando su ejercicio tiene un fundamento religioso. *A contrario sensu* puede concluirse que la configuración normativa del derecho a la salud no incluye o no se deriva la imposición del criterio médico sobre la voluntad del paciente para la práctica de tratamientos médicos contrarios al credo religioso de este último.

4.4.3.3. Aplicación de la regla

Frente a la situación del señor Álava Apráez, expone la Corte que su decisión de no someterse al trasplante alogénico de medula ósea es válida y respetable como ejercicio de la libertad de cultos, la libertad de conciencia y el libre desarrollo de la personalidad, la cual es resultado de la información "clara, detallada completa e integral" que le ha dado su médico tratante. Frente a esa decisión "la EPS, el médico ni el juez constitucional pueden desconocer tal manifestación, ni mucho menos imponer su criterio en tanto que proviene de su propia voluntad expresada de manera consciente". Considera también que en todo caso, su EPS está en la obligación de "otorgar de manera incondicional un tratamiento o medicamento alternativo al paciente que supla el trasplante alogénico de médula ósea".

Sin embargo, ante lo demostrado dentro del proceso consistente en que el tratamiento alternativo pedido por el accionante, era paliativo como todos los demás que venía disfrutando; esto es también ineficaz para conseguir la cura de su enfermedad.

En este punto del análisis la Corte contempla dos posibles escenarios:

(i) Se acepta el rechazo del paciente-testigo de Jehová y se excluye a su EPS de cualquier tipo de prestación a favor de él, o

(ii) Se obliga a la EPS a que sí o sí otorgue "un tratamiento o medicamento alternativo al paciente que supla el trasplante alogénico de médula ósea".

Pero la misma Corte reconoce que una y otra opción resultan cuestionables. La primera por cuanto a que contraría la cláusula general de libertad puesto que –siguiendo a Berlín (2003)– insiste en la necesidad de tener otra alternativa u opción, para que el accionante pueda tener dos alternativas entre las cuales elegir, de modo que su decisión pueda ser acorde con las concepciones religiosas que en ejercicio de su libertad ha adoptado.

La segunda por cuanto a que se estaría obligando a la EPS a lo imposible, al establecerse una carga desproporcionada, ilimitada y total, lo cual está excluida por los límites que representan "el imperio del orden jurídico y la preservación del interés público", puesto que es posible que no exista una alternativa médica que supla el trasplante ordenado.

Pero, tras esto la Corte incurre en contrariedades. La radical negatoria de la EPS a otorgar "eculizumab", lleva a la Corte a creer que "al parecer existen otras alternativas diferentes al tratamiento y al medicamento mencionados" (subrayado añadido), pero fuerza este argumento al señalar la existencia de

medicinas que ya han sido utilizadas, que son paliativos y se han mostrado menos eficaces.

La Corte reprocha además que la EPS del demandante "no se sienta compelido en lo más mínimo a buscar otra alternativa u opción que pueda beneficiar a la persona", a pesar que reconoce que "exigir de manera absoluta que el sistema de salud otorgue un opción que supla el tratamiento ordenado –ante la posibilidad que médicamente no exista– es violentar el principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible".

Ante esta situación, como medida intermedia o tercera posibilidad plantea la Corte que a fin de garantizar la libertad de cultos y la libertad y la salud del demandante se debía continuar prestándole el servicio de salud y que "sigue en pie el deber de la EPS de otorgar al solicitante tratamientos alternativos".

Con las anteriores bases la Corte Constitucional resuelve (i) tutelar los derechos fundamentales a la libertad de cultos, a la salud y a la vida en condiciones dignas, y al libre desarrollo de la personalidad del señor Álava Apráez, (ii) ordena a la EPS que le brinde una segunda opción "consistente en un medicamento o procedimiento que se encuentre avalado por el INVIMA", para lo cual debe evaluar lo dicho por su médico tratante, (iii) en caso en que se encuentre otra opción alternativa se le debe informar al accionante para que decida entre dicha opción o el trasplante, y (iv) si no se encuentra una alternativa se le debe informar al paciente para que elija entre hacerse ese tratamiento médico o no, y asuma las consecuencias que de esto último se derive.

4.4.3.4. El salvamento de voto

Ciertas inconsistencias de esta Sentencia son explotadas en el salvamento de voto presentado por el magistrado Juan Carlos Henao Pérez. En síntesis, para él la EPS del demandante no vulneró los derechos fundamentales que se dicen amparar en la sentencia.

Concreta que la decisión protege la faceta negativa, de omisión o defensa del derecho a la libertad religiosa que consiste en "no ser obligado a hacer algo en razón de sus creencias". Y destaca que en el caso estudiado:

> … el accionante no fue obligado a realizarse el transplante [sic] de médula ósea que conlleva una transfusión de sangre y que iría en contra de sus creencias como testigo de Jehová. Pues en ningún momento encontró obstáculos por parte de la entidad demandada para que su voluntad y ejercicio de su libertad religiosa fuera respetado.

Para Henao la satisfacción del derecho a la libertad religiosa no implica que la EPS del demandante deba ofrecerle una alternativa al trasplante de la médula ósea. Basta –en su criterio– que se eliminen "las barreras que puedan existir para que el accionante pueda decidir con base en sus creencias no hacerse un tratamiento".

Más adelante señala que el deber de dar continuidad a la prestación del servicio a la salud se deriva del derecho a la salud y no de la libertad religiosa.

De otra parte, comparte la decisión de negar la entrega del "Eculizumab" por ser paliativo y un gasto desproporcionado, y

advierte que otros medicamentos con el mismo efecto sí están en el POS y no son costosos.

4.4.4. Análisis

Es fácil entender la situación dilemática de este caso desde la perspectiva del señor José Germán Álava Apráez. Qué más quisiera él que la medicina pudiera ofrecerle una alternativa diferente al trasplante de un elemento fisiológico humano que no implique la transfusión de sangre y pueda curarlo de su enfermedad. Para él es clara la exclusión entre la posibilidad de comportarse conforme a los postulados de su credo religioso, que impide transfundir sangre y a su vez vivir bien, lo que implica un mínimo de condiciones físicas para poder desarrollarse como persona autónoma sin depender material o económicamente de otra e incluso preservar su vida, pues la enfermedad que padece puede generarle otras mortales.

Las alternativas desde su perspectiva son dos: (i) tener una existencia dolorosa, con quebrantos de salud que puede extenderse a lo largo del tiempo hasta encontrar posiblemente una muerte, pero coherente con su pensamiento religioso que sustenta y orienta su actuar en este mundo; o (ii) aspirar a tener una cura, esto es el restablecimiento de su salud y de su vida como persona autónoma pero renunciando a todo ese contenido místico o religioso en el que cree.

Claro que se está ante una tragedia, pero no ante un caso trágico como el propuesto al principio de estas líneas. La de este último es una tragedia normativa: dos elementos de un mismo

sistema jurídico son imponderables. Para el demandante sí hay un dilema irreconciliable, pero entre dos órdenes regulativos de la conducta distintos: el religioso que le dice no a una operación que implique transfundir órganos y sangre; y el jurídico que pone límites a realizar un tratamiento médico que sin ser curativo es muy costoso. Así, el demandante tiene como única opción para llegar a preservar su vida e integridad física el olvidarse de su credo religioso.

El caso de José Germán se distingue no por una particular connotación del ordenamiento jurídico colombiano, sino por una situación fáctica que escapa muchas veces al dominio del ser humano como lo es la cura de las enfermedades.

Lo anterior denota que los casos trágicos no tienen su origen en un sistema jurídico nacional *per se*, sino por la misma naturaleza humana que lleva a situaciones en donde la vida misma está en riesgo a causa de creencias personales.

Ahora también se destaca que el señor José Germán Álava decidiese acudir una acción de tutela para tratar de encontrar un remedio a su situación, incapaz de decidir él por sí solo el futuro trágico de su vida. Incluso llega a mentir en el escrito de tutela al elevar al 70 % la probabilidad de morir en el transplante alogénico de medula ósea, cuando en realidad es tres veces menos. La negación a la tragedia es muestra de su existencia y también reflejo de la condición humana, presente hasta en los héroes griegos como Odiseo o Ulises al enfrentar a Escila y Caribdis.

Pero este caso demuestra que no toda tragedia trasciende al derecho, bajo el ropaje de un caso trágico.

Como se relató más atrás, Zucca y Lariguet sostienen que la configuración de los casos trágicos depende de cómo los jueces interpretan los principios jurídicos, que está determinado con mayores o menores límites en la Constitución. Así pues, un caso podría ser o no trágico según lo positivizado en la Constitución.

La Sentencia T-052 de 2010, no puede perderse de vista, se explica en el carácter de Estado laico instituido por la Constitución de 1991, en el que se acoge el pluralismo religioso. El caso que resuelve recibiría un trato distinto si ocurriera bajo una Constitución como la vigente entre 1886 y 1991 en Colombia. Por su carácter confesional-católico no se resolvería igual: al no tener validez dentro del ideario católico-romano la postura del demandante, su negatoria a recibir sangre de otra persona carecería de relevancia, se tomaría como irracional y así sería tratado en una hipotética decisión judicial.

Y en un Estado absolutista en donde el ciudadano no es titular de derechos sino depositario de deberes hacia el soberano, el pensamiento religioso orientado hacia una opción que podría derivar en la muerte sería una afrenta al poder estatal, a quien pertenece esa vida.

Ahora, la sentencia que se analiza expone una línea jurisprudencial en donde es clara que la negación a ser objeto de un tratamiento médico por motivos religiosos cae dentro de la órbita esencial normativa de los derechos a la libertad de cultos y libre desarrollo de la personalidad. Decidir si se realiza o no un tratamiento es una permisión reconocida por el derecho constitucional colombiano.

Sin embargo, la Corte al incluir la referencia a Berlín desconoce su propio precedente a pesar de que presenta la Sentencia T-052

de 2010 como un eslabón más en él, como si fuera una simple sentencia reiterativa. En efecto, la supuesta exigencia de tener siempre dos opciones para tomar una (libre) decisión, en el caso concreto pretende derivar del derecho a la salud la obligación frente al actor de dar "otra posibilidad de mejorar su salud y salvar su vida sin ir en contra de sus postulados religiosos", a pesar que la ponencia mayoritaria afirma que nadie está obligado a lo imposible. Pero derivar una obligación/prestación de este tipo resulta extraña al desarrollo normativo del derecho a la salud que se ha dado por la misma Corte Constitucional y en el derecho internacional.

Sobre el núcleo esencial del derecho a la salud ha dicho la Corte que contiene el derecho al diagnóstico (T-717 de 2009), a la accesibilidad al servicio (T-1087 de 2007), a las actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos formulados por el Comité de Regulación de la Salud que constituyen el POS y el POS-S (Plan Obligatorio de Salud Subsidiado). Y como en la mayoría de los derechos sociales, la Corte Constitucional ha utilizado la interpretación que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas hace del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo en la Sentencia T-083 de 2008.

El derecho de salud es tratado en la Observación general 14: "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud". El Comité en su conceptualización reconoce que "un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano". De los servicios estatales de salud no depende exclusivamente la buena o mala salud de las personas, por lo que el Estado debe

prestarlos para "alcanzar el más alto nivel posible de salud" sin que esto implique reconocer que en ese proceso haya límites insalvables como la existencia de enfermedades incurables o con tratamientos que lleguen a damnificar otros derechos humanos o fundamentales.

Esta Observación plantea cuatro características que los servicios de salud estatales deben tener para garantizar el derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Alvis y Orozco (2010) en una valiosa síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud señalan que de la primera y tercera de dichas características se derivan, respectivamente, para el Estado las obligaciones de "asumir los costos de los medicamentos y procedimientos necesarios para el diagnóstico, el tratamiento y la recuperación de las enfermedades… cuando exista afectación o amenaza de los derechos fundamentales del interesado" (p. 89) y de "respetar el derecho de las propias a decidir autónomamente el manejo de su propia salud" (p. 96).

Todo esto lleva a que no pueda configurarse el derecho a salud con un mandato que excluya la libertad de cultos, pues no tiene la suficiencia de obligar a una persona a curarse de una enfermedad con un tratamiento que niega su religión cuando ha decidido seguir siendo coherente con él, de modo que vincule a su médico tratante o al juez de tutela para cooptar la voluntad del creyente. Es decir, el núcleo fundamental del derecho a la salud no tiene la potencialidad de tocar los de los derechos a la libertad religiosa y libre desarrollo de la personalidad, o lo que es lo mismo: la eficacia de estos últimos en el caso en concreto no se hace a costa del derecho a la salud.

Debe detallarse que si bien, en el presente caso no puede satisfacerse la libertad de cultos y preservar la integridad física y la vida del señor José Germán Álava Apráez, esto se debe a un límite de la medicina que presenta una sola opción de cura para la Hemoglobinuria Paroxística Nocturna. No puede prestarse un servicio médico que no existe.

Claro que resulta extraño que la Corte ordene a la EPS del demandante buscar un tratamiento que probablemente no exista, pero ello se deriva de los límites materiales de la medicina. Pueda que la decisión de la Corte Constitucional no mejore en nada a lo que antes de presentar la acción de tutela el actor vivía, ni provee un futuro diferente al que con anterioridad se hubiese podido presagiar. Al proteger el ámbito negativo del derecho a la libertad religiosa, lo único que garantiza es que el actor se acerque a la muerte abrazando su credo religioso.

En apoyo a sustentar por qué este caso es difícil y no trágico vale la pena plantearse qué sucedería si la decisión del testigo de Jehová cambiara, esto es si aceptara realizarse el trasplante de médula. Conforme con lo planteado al inicio del escrito, el caso trágico se caracteriza porque cualquier decisión que se tome implica la afectación del principio que no se desarrolla en ella. Si la libertad de culto implica desenvolverse o no conforme con determinada religión, pues sencillamente la decisión de realizarse el trasplante de médula ósea estaría también justificada y amparada desde el derecho fundamental a la libertad de cultos, y no se podría sufrir ninguna consecuencia jurídica gravosa por tomarla.

Pero en este último evento –la aceptación del testigo de Jehová de la transfusión de sangre– tendría una consecuencia en

el plano religioso (pero no en el jurídico): se volvería un pecador. No obstante esto, el positivismo jurídico dio una importante lucha que permite hoy día distinguir, desde la lejanía de la laicidad inclusive, entre el pecado y la violación del núcleo esencial de un principio jurídico.

Se está ante un dilema, sin duda, pero no de carácter jurídico.

Conclusiones

En estas breves páginas se ha defendido la existencia de los casos trágicos. Esta monografía da importantes aportes al debate de argumentación jurídica en que se inserta. Así, ubicó en el largo trasegar del conocimiento jurídico en occidente la cuestión de los casos trágicos, como un aspecto que si bien es novedoso en la moderna tradición jurídica, hunde sus raíces en los principales problemas que se plantearon en la antigua Grecia. Cuestionó para ello a lo que podría llamarse la teoría estándar de la argumentación jurídica, que asume de manera decidida la resolución de conflictos jurídicos derivados de la inserción de un programa axiológico en los sistemas jurídicos, sin exaltarse por el llegar a afrentar situaciones dilemáticas.

También sintetiza las visiones minoritarias de esa teoría estándar de la argumentación, que reconocen la existencia de los casos trágicos, a fin de encontrar unas señas que permitan identificar casos que realmente tengan dicha condición. El *checklist* propuesto sirve a todo a quien desee participar en este debate de los casos trágicos y a quien emprende la tarea de identificarlos, al racionalizar una discusión en la que sin él podrían presentarse imprecisiones propias que trae la aparición

de temas novedosos. También, en sí mismos, los elementos propuestos del concepto de caso trágico participan en un debate más amplio, que el abordado en esta obra, en relación a la razonabilidad de las decisiones judiciales.

Este proceso conceptualizador de los casos trágicos, llevó a demostrar que este no es propio del ámbito judicial o dicho de otra manera: que los casos trágicos surgen antes de que se plantee el litigio judicial, por lo que autoridades como las administrativas pueden enfrentarse, mucho antes que los jueces, a la toma de una decisión en una situación dilemática para el Derecho. Así pues, la responsabilidad para resolver los casos trágicos no solo compete a los jueces.

El análisis de las cuatro sentencias de tutela de la Corte Constitucional no permite obtener una doctrina respecto a los casos trágicos. La Sentencia T-458 de 1997 es tal vez la más importante en cuanto a que identifica de manera clara un caso trágico; sin embargo, no ha motivado alguna línea jurisprudencial en la materia. Pareciera que un artículo académico cercano en el tiempo en que se profirió la sentencia, influyó en los magistrados de la Corte para destacar en su motivación la noción de caso trágico de Atienza, sin citarlo.

La confrontación del caso resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-292 de 2004, con el afamado caso Serena evidenció que la condición de caso trágico no se presenta de manera similar en todos los sistemas jurídicos. La dogmática constitucional en cada país puede variar la configuración de los principios que colisionan, de modo tal que se logre obtener un equilibrio mínimo entre las razones contrapuestas, como se observó en el caso Verónica.

Finalmente, las Sentencias SU 337 de 1999 y T-052 de 2010 ponen en evidencia que no todas las tragedias que se pueden arrimar a la justicia constitucional, se configuran en casos trágicos.

Referencias bibliográficas

Acosta, L. y Araújo, L. (2012). El hijo de crianza en Colombia. *Revista Escenarios Sociojurídicos*, N° 6.

Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, 139-151.

_____. (2002). Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. En *Derecho y razón práctica* (25-41). México D.F.: Fontamara.

_____. (2009a). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11, 3-13. En http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf

_____. (2009b). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

_____. (2012). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alvis, N. y Orozco, J. (2010). La protección del derecho a la salud en Colombia y la Sentencia T-760 de 2008. En *Sentencia T-760: alcances y limitaciones* (75-106). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de «razonable». *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, (189-2000).

_____. (1989). Sobre lo razonable en el Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional* , 27, (93-110). En http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=3

_____. (2004) Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: comentarios a una polémica. *Cuestiones Judiciales* (pp. 39-71). Fontamara, México D.F.

_____. (2005). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

_____. (2007). ¿Un caso trágico? Recuperado de http://www.diarioinformacion.com/secciones/noticiaOpinion.jsp?pRef=1939_8_597011__Opinion-caso-tragico

_____. (2010). Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. En *Interpretación Constitucional* (125-155). Bogotá: Universidad Libre.

_____. (2013).*Curso de argumentación jurídica*. Trotta: Madrid.

_____. (2014). Una filosofía del Derecho para el mundo latino.

Otra vuelta de tuerca. En: *2°* Congreso Internacional de Filosofía, Hermenéutica Jurídica y Argumentación Jurídica. Bucaramanga, Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana, Seccional Bucaramanga.

Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (2004). *Las piezas del derecho*. Ariel: Barcelona.

Beccaria, C. (2006). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis.

Berlín, I. (2003). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza Editorial: Madrid

Bernuz, M. (2006). *François Gény y el Derecho: la lucha contra el método exegético*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bobbio, N. (2012). *Liberalismo y democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 1997 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Septiembre 24 de 1997)

Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2004 (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra: Julio 30 de 2008)

Colombia - Corte Constitucional. Sentencia C-756 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa: Marzo 25 de 2008)

Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-052 de 2010 (M. P. Mauricio González Cuervo: Febrero 2 de 2010)

Duarte, C. y Rodríguez, M. (2014). Prolegómenos de los Casos Trágicos Administrativos. *Revista Temas Socio-Jurídicos*, N° 67.

Duarte, C., Figueroa, M. y Rodríguez, M. (2014). La satisfacción de las acreencias laborales en los procesos de liquidación de las sociedades comerciales en Colombia. *Revista de Derecho Procesal Civil y Comercial*, N° 6. En: http://ijeditores.com.ar/pop.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y CASOS TRÁGICOS

MAURICIO ENRIQUE RODRÍGUEZ DELGADO
CARLOS ARTURO DUARTE MARTÍNEZ
MARÍA ANDREA FIGUEROA ALFONZO

unab
Universidad Autónoma de Bucaramanga
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
VIGILADA MINEDUCACIÓN

unab.edu.co | 7 657 1800 · 018000 127 395 · mercadeo@unab.edu.co