

## ¿QUÉ ES UN CASO TRÁGICO?<sup>3</sup>

MARÍA ANDREA FIGUEROA ALFONZO<sup>2</sup>

### **Resumen:**

Este documento es un avance de investigación del proyecto titulado “Casos trágicos: los dilemas de la Corte Constitucional”, en el que se hace una revisión doctrinal sobre las características y el modo de surgimiento del caso judicial “trágico”, para dar una respuesta al interrogante: qué es él. Se defiende la idea de que sus elementos fácticos imposibilitan al juez constitucional el encontrar una solución que no implique el sacrificio de alguno de los valores inmersos en él.

### **Abstract:**

This document is a research breakthrough project "tragic cases: the dilemmas of the Constitutional Court", which is a review of doctrine on the nature and mode of emergence of the court case "tragic." It defends the idea that it is impossible for the constitutional judge to find a solution that does not involve the sacrifice of any of the values embedded in it.

“La vida es tragedia, y la tragedia es perpetua lucha, sin victoria ni esperanza de ella; es contradicción” (Unamuno, 1994, p. 58)

## **INTRODUCCIÓN**

Una de las funciones del Derecho ha sido la de resolver conflictos. Para ello los jueces deben decidir sobre valores –en el Estado constitucional– justificando sus decisiones jurídicamente, que se basan en la superioridad de una razón sobre otra, por lo que al decidir deben comparar lo incomparable y esto es posible gracias a la distinción que se hace sobre la estructura de los valores en abstracto, la deliberación de los valores en concreto y la reconstrucción de los valores en la decisión final (Pérez, 2007).

En este quehacer hermenéutico, la ponderación se ha convertido en una herramienta paradigmática del Estado constitucional de derecho. A partir de la actividad jurisprudencial de los diferentes tribunales constitucionales de Europa – en especial Tribunal Federal Alemán– y de la conceptualización de tratadistas como Alexy y Bernal, se ha desarrollado este mecanismo que racionaliza la actividad jurisprudencial en aquellos casos en donde entran en tensión los principios jurídicos. Se trata de los casos difíciles.

---

<sup>3</sup> Ponencia aceptada para presentarse en el IV Intercambio y Concurso de Semilleros de Investigación de la Universidad Sergio Arboleda –Sede Santa Marta–, en noviembre de 2013 <sup>2</sup>

Estudiante de IX Semestre de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Miembro del Semillero de Investigación en Hermenéutica Jurídica –HERMES– adscrito al Grupo de Investigación en Hermenéutica Jurídica [mfigueroa6@unab.edu.co](mailto:mfigueroa6@unab.edu.co). En esta proyecto titulado “La doctrina del ‘Caso Trágico’ en la jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional”, son investigadores además el Dr. Mauricio Enrique Rodríguez Delgado catedrático de Introducción al Derecho, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la UNAB y Carlos Arturo Duarte Martínez, estudiante del posgrado de derecho público de la misma casa de estudios.

La propuesta del neo constitucionalismo (considerado en su amplio espectro) para solucionar la colisión de principios consiste en aceptar que ellos, a través de la ponderación, siempre en mayor o en menor medida resultan desarrollados por la regla que especifica sus condiciones de aplicación. Así pues no se renuncia a la apuesta del positivismo por encontrar una respuesta a cada caso, sin que las personales valoraciones del juez influyan en su resultado, incluso ante la interiorización de valores en el ordenamiento jurídico.

Pareciera entonces que las situaciones dilemáticas son extrañas al derecho, postura que a primera vista se alejaría de la tradición occidental griega que reconoce la existencia de dilemas jurídicos, los cuales en punto de verdad trataron de ser obviados por la exégesis y el mismo positivismo normativista de Kelsen.

Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina europea, entre quienes se encuentran Manuel Atienza, Gustavo Zagrebelsky y Riccardo Guastini, ha señalado la existencia de ciertos casos “trágicos” o “irremediables” en donde la ponderación hace agua, esto es, que resulta imposible obtener ese equilibrio entre los principios contrapuestos sin que se sacrifique uno de ellos, objetivo que con ella debería lograrse.

Se pone pues el dedo en la llaga en lo único que legitima a la judicatura: la realización de la justicia a través de sus decisiones. Aceptar que una decisión pueda vulnerar un principio incorporado por el constituyente primario estremece los cimientos del Estado constitucional. La falta de estudios en el tema en el ámbito nacional y la no posible unanimidad de criterios entre quienes reconocen la existencia del “Caso Trágico” ha llevado a desarrollar dentro del Grupo de Hermenéutica Jurídica del Centro de

Investigaciones “Laureano Gómez Serrano”, en su línea de investigación en argumentación jurídica, el proyecto titulado “La doctrina del ‘Caso Trágico’ en la jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional”, con la decidida participación de su Semillero de Investigación en Hermenéutica Jurídica –HERMES–

El problema de investigación se contrae a determinar ¿Cuál ha sido la postura de la Corte Constitucional frente al “caso trágico”?, lo cual supone (i) caracterizar el caso trágico, (ii) identificar en las sentencias de tutela de la Corte Constitucional, al menos tres casos trágicos, (iii) analizar jurisprudencialmente los casos trágicos recopilados, (iv) fijar los fundamentos de la decisión en el caso trágico por parte de la Corte Constitucional, (v) evaluar la decisión del Tribunal Constitucional colombiano de acuerdo a los parámetros dados por la doctrina para la resolución de la tragedia en los casos identificados.

La investigación se justifica en tres planos diferentes: a) uno doctrinal: puesto que se dará una definición sobre lo que es un caso trágico a partir de los elementos comunes que los diferentes autores le han atribuido; b) uno hermenéutico: en la medida en que se avocará, una vez establecidas las características del caso trágico, a realizar una yuxtaposición de éstas con algunos casos trágicos que hayan acaecido en el medio nacional para establecer bases para un desarrollo doctrinal constitucional suficiente con el fin de solucionarlos de manera racional; c) uno democrático: ya que esta investigación supone un control ciudadano al desempeño de la Corte Constitucional en su función de guardián de la integridad de la Carta,

pues en últimas se estudiará si en sus decisiones han satisfecho el anhelo democrático de realizar justicia.

## **METODOLOGÍA**

La presente es una investigación exploratoria–descriptiva en su primera parte. En ella se acomete la descripción del fenómeno del caso trágico (características/solución) a partir de una revisión doctrinal. Luego se recopilarán al menos tres sentencias de tutela de la Corte Constitucional, en las que se decidan casos trágicos. Para identificarlos se acudirá a los ejemplos dados por la doctrina, así como otros que sean autóctonos cuando reúnan sus características<sup>4</sup>. En su segunda parte, que es analítica, se estudiarán jurisprudencialmente dichas sentencias, realizando un dialogo con la consagración (determinación) teórica del caso trágico, para establecer críticas y posteriores conclusiones.

## **AVANCES DE INVESTIGACIÓN**

La ponencia que se presenta constituye el primer avance de la investigación. En ella se dirá que es un caso trágico, a través de la demostración que la existencia de dilemas jurídicos y situaciones trágicas no ha sido ajena a la historia jurídica. Se defenderá la idea de que sus elementos fácticos imposibilitan al juez constitucional el satisfacer el óptimo de Pareto, por lo que no le es posible encontrar una solución que no implique el sacrificio de alguno de los valores inmersos en él.

Para cumplir sus objetivos, la ponencia se divide en cinco partes: (i) en una primera se estudiará la tragedia griega, teniendo como ejemplo el sufrimiento de Antígona y la muerte de Sócrates, a fin de mostrar el constante choque entre dos categorías de juridicidad; (ii) enseguida se expondrá como para el positivismo jurídico las tragedias en el derecho resultaban extrañas; (iii) para luego explicitar cómo ellas “resurgen” en el Estado constitucional, especificando las características del caso judicial “trágico” a fin de definirlo, (iv) demostrando su existencia a partir de la Sentencia T-458 de 1997. (v) Finalmente se recogerán unas conclusiones.

### **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 una de las partes en pugna.

---

<sup>4</sup> El objeto de estudio no se limita temporal ni temáticamente debido a que el surgimiento de casos trágicos es excepcional. La doctrina europea da ejemplos de ellos a partir de su experiencia –que no son muchos–, y no hay garantía de que ellos se repliquen con las mismas características en Colombia. No resulta plausible aventurarse a señalar un área del derecho o un asunto específico dentro del objeto de investigación debido a que: (i) no hay garantías que en él se den casos trágicos, (ii) se cierra la posibilidad de que en temas no previstos, ya estos existan.

Ella servía para que los griegos entendieran 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, lo que lo separa de los bárbaros. Antígona y Sócrates son ejemplos claros de esta tragedia, que paradójicamente se resuelven de manera contraria. Veamos:

## 1.1 ANTÍGONA

Es en el mito de Antígona donde aparece por primera vez la concepción sobre qué se debe aplicar en Derecho: decidir entre el derecho natural o el derecho 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 Eteocles 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 prohíbe su entierro digno, contradiciendo con ello la tradición de los dioses, es decir, el derecho natural, la costumbre, la *mores* cual era 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, se presenta en ella una situación dilemática, ya que no puede obedecer ambas normatividades, pues estas se excluyen entre sí. Antígona decide obedecer a los dioses y a la tradición, y da sepultura a Polinices, por lo que es condenada a muerte.

Pero antes de ejecutarse la orden se ahorca, por lo que Hemón, su prometido, intenta 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 decide 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 irremediabilmente.

## 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 hablan del universo, Sócrates empieza a hablar del ser y comienza a enseñar responsabilidad y 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 es condenado a muerte.

En la noche antes de su ejecución, sus amigos y discípulos intentan persuadirlo de su fuga, pero él no está de acuerdo y manifiesta su decisión ser coherente y morir respetando lo que siempre creyó. Ante su posición, uno de los presentes le manifiesta su desacuerdo fundado en la injusticia que significaba su muerte, a lo que Sócrates arguye, que lo más justo era respetar la ley, que lo verdaderamente injusto sería violarla, es por eso que decide tomar cicuta. A pesar que Sócrates no tenía ningún dilema su actitud resultaba a todos los demás como dilemática, pues podía o realizar la justicia o el Derecho.

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, además de que no dejan posibilidades intermedias, como lo vivían los navegantes que pretendían atravesar el estrecho de Mesina, quienes debían enfrentarse ante Escila o Caribdis<sup>5</sup>.

## **2. El positivismo jurídico: ¡afuera los dilemas!**

El positivismo liberal burgués y el mismo Kelsen quisieron extraer los valores morales de la decisión judicial, de manera muy diferente eso sí. El primero de ellos restringió su aplicación a lo considerado por el legislador y la exégesis era la garantía hermenéutica. El austriaco los extrajo del derecho mismo.

En efecto, el naciente Estado burgués propuso un sistema jurídico cerrado, que sólo se nutriera de lo decidido en la asamblea legislativa, cuya obra era completa, acabada, sin lagunas, ni antinomias, ¡perfecta!, de modo tal que 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 las violencia de sus pasiones, de la debilidad de quien sufre, de sus relaciones con el ofendido, y de todas aquellas minúsculas fuerzas que transforman las apariencias de cada objeto en el ánimo fluctúan del hombre (p. 14).

---

<sup>5</sup> 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 6 cabezas grotescas que devoraban lo que estuviera a su alcance. Cuando estaba por pasar por allí, Circe advierte a Odiseo que es mejor acercarse a Escila para atravesar el paso, pues por mal que le fuera perdería sólo a 6 marineros y no la embarcación total. Aquí está la regla hermenéutica del menor daño constitucional, de la que luego se hablará.

A fin de que no se confundiera en una sola persona la facultad de crear y aplicar derecho como 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, no trascendían a los debates políticos-legislativos. La ley –que contenía la voluntad general avallasadora– era el objeto y la medida del fenómeno jurídico.

El férreo apego a la ley escrita, llevaba a que si el juez encontrase alguna incompatibilidad en su entender con la norma jurídica, mas valía que se agarrara del propio cuello de su camisa y se lanzara hacia el precipicio de la exégesis. Nada se podía decidir contra el depositario de la soberanía nacional, que previa una solución a cada necesidad humana. Como dijo Mourlon “*Dura lex, sed lex*, un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella” (Bastida, 2001, p. 42).

El positivismo normativista kelseniano, por su parte, en su afán de despojar al Derecho de todo elemento no jurídico, se desentendería de los valores, condición primera de las tragedias en los casos judiciales. Su vuelco en hacer de la subsunción la herramienta ideal para llevar a cabo el fin del derecho compuesto por reglas, deja sin existencia jurídica a los principios. Los dilemas no tienen campo en el derecho, son externos a él.

En esta etapa del pensamiento jurídico se reconocen lo que posteriormente se denominarían como **casos fáciles**, esto es situaciones que se responden mediante la aplicación de un silogismo jurídico para resolverlos (Vázquez, 2005/2006) por lo que el juez simplemente se encarga de obedecer una regla, que se traduce en una simple operación de subsunción del caso bajo el supuesto de hecho de regla. Y es en esa subsunción donde se encuentra la facilidad de estos casos, puesto que no es controvertible a los principios del sistema jurídico que dotan de sentido la institución o el sector normativo en el que se incorporan (Atienza, 2010b). Son casos en los que se aplica de forma pura y simple el Derecho, por eso en ellos no cabría la posibilidad de existir deliberación. Ante ellos el juez simplemente se encarga de obedecer reglas para resolver dicha situación.

Por lo anterior, se afirma que la solución de estos casos implica un nivel argumentativo formal o superficial, es decir, a la aplicación de una norma para resolver el caso

### **3. Estado Constitucional y casos trágicos**

#### **3.1. 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. 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 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 decisiones generales o particulares de las autoridades públicas y particulares, inclusive.

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 –éstas no pueden decidir sobre aquellas– por lo que la ley pierde su carácter prevalente (Ferrajoli, 2005).

### **3.2. Los casos fáciles y casos difíciles: la no renuncia a obtener una respuesta correcta**

La apuesta por los valores o derechos fundamentales trajo desafíos que no se visibilizaban en el anterior Estado de derecho legal. A la par de los casos fáciles, 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 o principios, los cuales ordenan una actuación diversa. Estos son los casos difíciles, los que existen cuando la cuestión en litigio no puede ser determinada por los estándares jurídicos existentes ya que son casos en los que se pueden encontrar más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas (Atienza, 2010b). Es por esto que ellos demandan una labor interpretativa aún mayor que la simple subsunción de una norma, entonces se hace inevitable la utilización de mecanismos tales como la ponderación, siendo este la materialización del principio de proporcionalidad a través del cual se podrá encontrar una solución justa al caso en concreto.

Ante la pululación de valores y/o principios se exige que ellos se asuman “con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe[n] 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 realizase la justicia.

Tres elementos permiten hacer frente a esta exigencia: entender los derechos fundamentales –o más bien las normas de derecho fundamental– como principios que se realizan bajo el mandato de optimización (Alexy, 2009b), la teoría del núcleo esencial de los derechos humanos y 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 tesis del núcleo esencial se funda en la distinción 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”<sup>6</sup>. Corresponde, en cambio, a la periferia los aspectos accidentales del derecho. Mientras el núcleo esencial es un límite

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-756 de 2008, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

infranquable 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. De modo pues, que cualesquier choque entre derechos fundamentales o principios constitucionales debe ser resuelto respetando su núcleo esencial. Aquí yace el éxito de la ponderación por proporcionalidad.

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).

Aunque entre ponderación y proporcionalidad pueden encontrarse importantes diferencias, así por ejemplo según Arroyo (2009) mientras la ponderación implica un juicio de decisión, el principio de proporcionalidad es un método de control a una decisión ya tomada, para efectos de exposición de este escrito se entenderá a la proporcionalidad como una especie de desarrollo de la ponderación. 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 en ningún caso ésta 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). (subrayas añadidas)

### 3.3. ¿Qué es un caso trágico?

Sobre el caso trágico pocos doctrinantes se han referido. Atienza (2010b) expone de manera general que es aquel en el que no cabe una solución que no sacrifique un elemento esencial desde el punto de vista jurídico o moral. Son en estos casos donde el ordenamiento jurídico no ofrece ninguna respuesta correcta y si existe alguna respuesta, colisiona con la moral (Pérez, 2007). Es por eso, que se dice que decidir sobre un caso trágico no es escoger sobre lo absolutamente bueno, sino lo mejor posible.

Dentro del grupo de investigación en el que participa la autora se ha definido el caso trágico como aquel en el que cualquier curso de decisión posible conlleva la afectación del núcleo esencial de uno de los principios en pugna, por lo que pierde su eficacia frente al caso concreto a pesar de no resultar expulsado del ordenamiento jurídico. Por el contrario, el principio que se realice en la decisión que se tome sufre un proceso de “absolutización” frente a ese evento. La tragedia surge del mundo ontológico o real y hace estragos en el jurídico, en donde el Juez debe sacrificar uno de los principios que debería aplicar, sin tener opción a algo diferente. Pero:



### 3.4. ¿Cómo surge la tragedia en los casos judiciales?

Un primer punto para entender el fenómeno del caso trágico, pasa por recordar que doctrinariamente se ha delimitado en relación al juez, debido a la exigencia que da el tener a cargo el resolver los conflictos jurídicos. Esto no indica que las partes inmersas en éste no “sufran” esta tragedia, en especial si una de ellas es una entidad estatal, sino que ellas al no tener la voz decisoria ni ser guardianas del ordenamiento jurídico –en caso de la Corte Constitucional–, en la práctica pueden darse la oportunidad de decantarse por una sola de la tesis encontradas, sin cumplir en el mismo grado con la carga argumentativa y justificatoria que le corresponde al juez. Es por esto que se ha querido traer a colación las tragedias griegas, que con el caso trágico guardan la relación que hay entre las partes de un todo.

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. Dos primigenios argumentos respaldan su tesis: (i) el aumento de “normas de fin” como caracterización del Estado social de derecho (ellas son las directrices programáticas y las reglas de fin) y (ii) la exigencia a los órganos judiciales de obtener una decisión por encima del “equilibrio mínimo” entre las exigencias morales, que requiere un “consenso ideal o racional”.

Sin embargo, el primer argumento no ha sido recogido en sus posteriores escritos, y ha puesto de presente como ejemplos casos en los que resultan inmersos “principios en sentido estricto” (en especial la autonomía de la voluntad), como en la huelga de hambre, las absoluciones por el delito de insumisión o las transfusiones de sangre a un testigo de jehová.

Atienza, por el contrario, se ha mantenido en el segundo argumento. Por encima del “equilibrio mínimo” se haya el “equilibrio óptimo” en el que inclusive se satisfacen tanto las exigencias esenciales como las no esenciales de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico (Atienza, 2010b). Compaginando con lo visto más atrás, se puede decir 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.

El hipotético “equilibrio” que se lograría entre ellos se ubicaría dentro de las cercas de uno de los núcleos esenciales, 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.

Por ello dice Atienza (2010b) que los casos trágicos no tienen ninguna respuesta correcta por lo que “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).

Pero bueno, la pregunta de este acápite no ha sido resuelta.

Guastini (2007), profesor de la Universidad de Génova, por su parte hace referencia a la existencia de conflictos “irresolubles” para el Juez. Para entenderlos, parte de la distinción

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 éstos serían secantes –su punto de encuentro sería afuera de los núcleos esenciales–.

Esta distinción en el ámbito fáctico va a traer grandes consecuencias al jerarquizar los valores que están en juego para decidir el caso. Y aunque Guastini no hable del “caso trágico” implícitamente su posición muestra la situación dilemática esbozada por Atienza. En efecto, habiendo una superposición total entre los principios en conflicto, al juez tener que escoger entre uno de ellos, alguno ve mermada totalmente su eficacia, pese a ser, inderrotables (Lariguet, 2005).

Un ejemplo de la total incompatibilidad de los principios en juego en un caso judicial, es el *Caso Serena*: una pareja italiana había introducido ilegalmente a Italia a una niña extranjera. Pese a utilizar varias argucias para ocultar dicho origen, como una declaración de paternidad natural y luego una solicitud de adopción, las autoridades terminaron por conocer la situación. La familia había acogido y tenido a la niña como hija, creándose importantes vínculos de afecto y cariño entre los padres y la hija de crianza.

A partir de estos extremos surgieron las posiciones que resultaron inconciliables. Quienes velaban por mantener a la hija con la pareja preferían el interés de aquella y su “tranquilidad espiritual” y emocional, en vez evitar futuras “importaciones” de niños. Una decisión en este sentido podría entenderse como un estímulo a dicha práctica. Por ello la otra parte se oponía a que a causa de la violación de la ley se obtuvieran beneficios, aunque eso implicase que Serena fuese sacrificada para tutelar posibles víctimas de la trata de personas.

Respetar el principio de legalidad o garantizar el interés superior de la niña eran las opciones del juzgador. No tenía alternativas o cursos de acción intermedios (Zagrebel'sky, 2011).

Compaginando los dos últimos acápite de este escrito puede decirse 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 irremediabilmente transgredido.

Esta imposibilidad fáctica 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, 2009, p. 8), o sea que siempre que se cause perjuicio a un objeto, debe darse una ganancia que compense ese daño.

El modo en que 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 la acción frente a una abstención por parte del demandado que el actor considera inconstitucional. 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 esta situación no se presenta. En él la satisfacción de ambas posturas constituiría la eficacia total del fundamento constitucional que las respaldan – o sea que logran 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 en el momento en que el Juez escudriñe si hay algún curso de acción distinto al solicitado, 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. Un furibundo alexiano a esta altura del artículo reclamaría una clara exposición matemática de la fórmula del peso de un caso trágico; ello no se hará por no ser necesario en este espacio y podría generar alguna pequeña confusión.

Uno de los varios puntos de ataque que desde su disidencia Atienza ha enrostrado Alexy es sobre el carácter retórico que la fórmula del peso puede llegar a resultar. De ella dice que se da un “uso metafórico del lenguaje matemático” lo cual podría generar equívocos al entender “que la clave de la argumentación en esos casos radicaría en la fórmula en sí y no... en la atribución de los valores respectivos” (Atienza, 2010a, p. 168), y que su real provecho recae en ser un “recurso heurístico” para quien debe ponderar. La apuesta del alicantino al decir que “la mejor teoría es la que no se nota”, pasa por ser más pragmático, pues hay conclusiones que se pueden obtener por sentido común (Atienza, 2010a).

#### **4. La sentencia T-458 de 1997: un “Caso Trágico” de la Corte Constitucional**

Aunque el análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional se realizará en una etapa posterior del proyecto de investigación, resulta plausible presentar un ejemplo de caso trágico reconocido por el mismo cancerbero constitucional. Dos propósitos se persiguen con ello: (i) ejemplificar lo hasta ahora dicho, (ii) demostrar que él no es un conejo sacado del sombrero de un mago.

Bajo el “principio del menor daño constitucional” la Corte en la referida sentencia establece que:

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<sup>7</sup>.

La sentencia T-458 de 1997 trata sobre el pago de mesadas pensionales causadas a partir de la apertura del concordato preventivo de una sociedad comercial sujeta a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades. Los pensionados de la empresa *An Son Drilling Company of Colombia*, interpusieron acciones de tutela contra la empresa, al considerar vulnerados sus derechos al trabajo, a la vida, a la salud y a la seguridad social, el mínimo vital básico y al derecho de petición, debido al no pago de las mesadas pensionales a cargo de la An Son, y de la suspensión del servicio médico al que tenían derecho. Además durante el trámite concordatario los agentes designados por la Superintendencia de Valores no habían hecho nada por garantizar el pago de las pensiones, posibilitando que los activos de la empresa se destinaran a pagar impuestos, facturas de servicios públicos, viáticos y gastos administrativos y hasta obligaciones posconcordatarias. 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 el amparo constitucional solicitado.

Al final la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional compartió el razonamiento de aquellos jueces y tribunales que concedieron el amparo y ordenaron a la empresa en concordato cancelar oportunamente las mesadas pensionales, con el fin de garantizar el derecho fundamental de la seguridad social y el mínimo vital de los pensionados.

La situación dilemática del caso particular surge cuando la Corte encuentra que la empresa no podía cumplir con el pasivo total adquirido antes de la convocatoria al concordato. En especial no le era posible asegurar el pago futuro de las mesadas pensionales, las cuales según las reglas de prelación de pagos previstas en el ordenamiento jurídico colombiano deben pagarse a prorrata de las prestaciones laborales –salarios y primas– de los actuales trabajadores, cuando el patrimonio del demandado se habría agotado. Legalmente resulta desplazado el derecho a la pensión del cual depende el sustento mínimo de las personas de la tercera edad que tienen status de jubilados y merecen especial protección.

En el otro extremo se encuentra que la defensa del mínimo vital de las personas de la tercera edad, implica el sacrificio de las obligaciones que surgen como efecto de un contrato de trabajo. No obstante, considera la Corte que no pagarlas comporta un daño menor al que genera el desamparar a personas que por sus condiciones personales no pueden acceder al mercado de trabajo y no tienen otro ingreso que los provenientes de su pensión y por eso se prefiere la protección del mínimo vital de los lesionados.

La sentencia T- 458 de 1997 es un ejemplo de una circunstancia trágica, pues todas las decisiones jurídicamente posibles implican un efecto nocivo, donde el juez debe identificar la decisión de menor costo constitucional, porque aunque no haya una respuesta absolutamente correcta, debe propender por la mejor posible, la que menos daño cause. Al respecto dijo la Corte:

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

No escapa a esta Sala 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. En efecto, dar prelación en el reparto de los escasos activos de una empresa en liquidación, al pago del pasivo pensional, implica que probablemente se dejarán de sufragar deudas laborales, originadas en el contrato de trabajo, como las correspondientes al pago de las vacaciones o de las cesantías y otras prestaciones. Incluso, puede dar lugar al no pago de salarios atrasados. No obstante, el daño constitucional que aparece 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<sup>8</sup>.

## Conclusiones

Se podría adelantar a manera de primera conclusión, que el caso trágico es una realidad a la que se enfrentan posiblemente los jueces, situación que no es tan extraña como lo que se cree, quienes por la ausencia de doctrinantes y estudios científicos acerca del tema, desconocen que eventualmente estarían frente a esta modalidad del caso. Se debe tener en cuenta que a partir del reconocimiento hecho en el derecho occidental que los principios son normas jurídicas, y que los valores de la sociedad en variadas circunstancias alimentan la construcción de los sistemas jurídicos, dos técnicas de interpretación, la subsunción y la ponderación, delimitan los extremos de la hermenéutica jurídica, y que a partir de lo anterior, sólo existirán los casos en donde estos puedan resolverse mediante estas técnicas; tal vez por estas últimas razones el fallador o el estudioso, se limita así mismo su visión pre analítica y entra a considerar la solución de un asunto solamente desde estas ópticas. La autora cree que en la medida en que aparezcan más pronunciamientos al respecto, el caso trágico se hará más visible y por ello, se puede entrar a construir por algún sector de la doctrina o un tribunal constitucional, una teoría que delimite la concepción del caso trágico y en esa medida se acepte que las tesis iuspositivista y neoconstitucionalista sobre la solución normativa de todos los asuntos, son insuficiente.

Se debe tener en cuenta que una característica principalísima es que en el caso trágico es imposible que se presente el óptimo de Pareto, puesto que como se ha demostrado líneas atrás, en el caso trágico uno de los derechos o de los principios en pugna deberá ser sacrificado para poder “resolver” el dilema. Así las cosas y partiendo de lo anterior, la necesidad de lograr el óptimo de Pareto en la aplicación judicial de derechos y principios jurídicos, en el caso trágico no puede darse, por cuanto, repetimos, en este evento es un imposible práctico y lógico.

En segundo lugar, pareciera que la Corte Constitucional colombiana ha dado el primer paso al reconocer la regla “del menor daño constitucional” que dicho en otras palabras, es la aceptación por parte del alto tribunal de la existencia de situaciones aparentemente resolubles, pero que en el fondo no se le puede resolver sin sacrificar, aun cuando sea parcialmente, un derecho o un principio constitucional; así las cosas, ese primer paso que ha

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, sentencia T-458 de 1997.

dado la Corte, lleva a considerar que la completud del derecho nacional que se proclama en el tema de los derechos constitucionales no es real, puesto que existirán casos en los cuales el fallador deberá escoger entre dos daños el menos perjudicial, desconociendo a su paso la orden constitucional de la realización efectiva y material de todos los derechos. Esta dura posición, es producto de la real existencia del caso trágico en la vida jurídica en cualquier sistema normativo: los dilemas morales por los que la sociedad atraviesa, alimentan a su vez el mundo del Derecho y de vez en cuando a un juzgador le corresponderá un caso de estas características, y lo resolverá a su manera, sin considerar siquiera que identificándolo como uno trágico, podría tener conciencia de la decisión que toma en detrimento de una de las partes y que su actuación no podría ser de otra forma, pues la legislación, la jurisprudencia o la doctrina no le proveen de herramientas hermenéuticas y argumentativas para soslayar su deber o cuanto menos, para hacer menos nocivos los efectos de su decisión.

Pero no se crea que la Corte Constitucional duerme tranquila al utilizar regla hermenéutica del menor daño constitucional. Ella, que no goza de la suerte de los argonautas, llora al resolver su caso trágico por los valores inaplicados como Ulises por sus hombres perdidos. ¿Cuál es la solución al caso trágico? Ello se deja a otro momento

### Referencias bibliográficas<sup>9</sup>

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

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

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

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

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

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

Arroyo, L. (2009). Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 02, (1-32). Recuperado de [http://www.indret.com/pdf/621\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf)

Atienza, M. (1989). Sobre lo razonable en el Derecho. *Revista Española de*

---

<sup>9</sup> Al no contarse con reglas de APA para la citación de las sentencias judiciales colombianas, se ha decidido señalarlas en pies de páginas.

- Derecho Constitucional*, 27, (93-110). Recuperado de <http://www.cepc.gov.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=3>.
- Atienza, M. (2010a). A vueltas con la ponderación. En *Interpretación Constitucional* (159-181). Bogotá: Universidad Libre.
- Atienza, M. (2010b). Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos (114-146). En *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Universidad Libre.
- Atienza, M. (2010b). Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. En *Interpretación Constitucional* (125-155). Bogotá: Universidad Libre.
- Bastida, X. (2001). *El silencio del emperador*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia
- Beccaria, C. (2006). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-756 de 2008, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra
- Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Ferrajoli, L. (2005). El papel de la función judicial en el Estado de derecho. En en Carbonell, M. (Coord.), *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho* (87-108). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guastini, R. (2007). Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. *Palestra del Tribunal Constitucional*, 08, 631-637. Recuperado de [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderaci\\_\\_n\\_un\\_analisis.Pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderaci__n_un_analisis.Pdf).
- Gómez Serrano, L. (2009). Teorías de los derechos fundamentales. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Herreras, E. (2010). *La tragedia griega y los mitos democráticos*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Homero (2000). *La odisea*. México D.F.: Porrúa.
- Lariguet, G. (2005). Conflictos trágicos y ponderación constitucional. En torno a algunas ideas de Gustavo Zagrebelsky y Riccardo Guastini. *Diritto e questioni pubbliche*, 05, 67-85. Recuperado de [http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2005\\_n5/studi\\_G\\_Lariguet.pdf](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2005_n5/studi_G_Lariguet.pdf).
- Pérez, O. (2007). Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15, 1-14. Recuperado de <http://www.uv.es/CEFD/15/perezdelafuente.pdf>.
- Unamuno, M. (1994). *Del sentido trágico de la vida*. Madrid: Colección austral.

Vázquez, O. (2005/2006). La argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional Español: los casos fáciles, difíciles...trágicos. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 9, (191-221). Recuperado de <http://www.rtfed.es/numero9/10-9.pdf>

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.