



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

DE LA SOBERANÍA DE LA LEY AL PRECEDENTE JUDICIAL: UNA MIRADA DESDE EL NEOINSTITUCIONALISMO ECONÓMICO*

- * Resultado del proyecto de investigación: ¿Es el precedente judicial, además de un nuevo paradigma jurídico, un esfuerzo por avalar los valores que otrora estuvieron salvaguardados por el fenómeno de la codificación y las garantías que este, en el campo de las relaciones económicas, suponía en términos de costos de transacción en los negocios y contratos, las necesidades de información, fiabilidad, coherencia, seguridad jurídica? Este proyecto fue financiado por el CODI y el Centro de Investigaciones de la Facultad de derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: septiembre 10 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 19 de 2014

DE LA SOBERANÍA DE LA LEY AL PRECEDENTE JUDICIAL: UNA MIRADA DESDE EL NEOINSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

*José Luis González Jaramillo & Octavio Macías González***

RESUMEN

Este artículo plantea el estudio de los fundamentos ideológicos que inspiraron el proceso de codificación del derecho que tuvo lugar en el siglo XIX y que tenía como máximo referente normativo la ley, este paradigma se vio superado en el siglo XX por el espectacular proceso de expedición de leyes especiales que relegaron a un segundo escalafón a los cuerpos codificados. Además se plantea el rol que en los estados constitucionales de posguerra asumieron los jueces, y por tanto el precedente judicial como fuente formal del derecho, todo lo cual supuso un cambio estratégico de la función jurisdiccional en el funcionamiento de los estados contemporáneos. El nuevo rol que la justicia y el precedente judicial asumen se ve influenciado por la teoría económica neoinstitucional, la cual centra su análisis en el estudio de las instituciones y en la relación que estas tienen con la economía de mercado. El caso del precedente judicial resulta paradigmático en la relación de derecho y economía neoinstitucional, por cuanto esta fuente de derecho creada jurisprudencialmente y respaldada legislativamente puede brindar al mercado la predictibilidad, seguridad y unidad normativa que en los inicios del siglo XIX fueron garantizados por el código.

Palabras clave: código, neoconstitucionalismo, precedente, neoinstitucionalismo, seguridad jurídica.

THE SOVEREIGNTY OF THE ABOVE LAW COURT: A VIEW FROM THE ECONOMIC NEOINSTITUTIONALISM

ABSTRACT

This paper presents the study of the ideological foundations that inspired the process of codification of the law which took place in the nineteenth century and had as a benchmark regulatory maximum the law, this paradigm was surpassed in the twentieth century by the great process of issuing special laws relegated to a second tier to the coded bodies. Besides the role in postwar constitutional states took the judges, and therefore judicial precedent as a formal source of law, all of which represented a strategic shift of the judicial function in the operation of contemporary states arises. The new role that justice and judicial precedent assume is influenced by the neo-institutional economic theory, which focuses its analysis on the study of institutions and the relationship that they have with the market economy. The case of judicial precedent is paradigmatic in the relation of law and neo-institutional economics, because this source of law established jurisprudential and backed by legislation can provide market predictability, safety and regulatory unit in the early nineteenth century were guaranteed by the code.

Key words: codex, neo-constituionalism, precedent, neo-institutionalism, law security.

** Estudiantes de la Facultad de derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

DE LA SOBERANÍA DE LA LEY AL PRECEDENTE JUDICIAL: UNA MIRADA DESDE EL NEOINSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

INTRODUCCIÓN

El siglo XIX supuso la incursión directa del pensamiento liberal racionalista en el pensamiento jurídico, según el cual el derecho debía brindar un marco de absoluta seguridad y confianza a los sujetos, que permitiera que las transacciones, tanto sociales como económicas, se desarrollaran con absoluta previsibilidad de modo que los ciudadanos no se encontraran sorprendidos por alguna decisión del Estado previamente definida en la ley, es decir, que se contara con toda la información jurídica disponible al momento de realizar sus actividades. La herramienta para concretar las aspiraciones mencionadas no podía ser otra que el código, que de manera general garantizara los valores de seguridad y previsibilidad que se buscaba proteger.

Lo codificación fue así, durante más de un siglo, la carta que garantizaba la seguridad y fiabilidad de los ciudadanos, especialmente de los agentes que con especial interés requieren la estabilidad y certeza en el campo jurídico, esto es, los agentes económicos que realizan actividades de tipo transaccional, para quienes un mundo jurídico que no garantizara tales aspectos no les era funcional. El siglo XX, caracterizado por la mutación del Estado liberal, identificado con el paradigma codificador, a Estado social, en donde proliferan las leyes especiales y leyes mediante las cuales el Estado interviene en la economía, hicieron agua del proyecto codificador el siglo anterior, toda vez que la pluralidad jurídica provocada por la inflación legislativa remitieron a un papel no protagónico a los cuerpos normativos conocidos como códigos.

Además del proceso de descodificación, el siglo XX trae consigo la proliferación de constituciones rematerializadas, que fueron expedidas después de la segunda mitad del siglo XX; con estas aparece una nueva teoría y práctica jurídica conocida como Neoconstitucionalismo, que entre otros, significó un cambio estructural en la concepción del derecho y de los órganos del Estado. La nueva teoría jurídica planteó un cambio de fondo en la configuración y funcionamiento de las fuentes del derecho, asumiendo como punto de partida el rol activo y dinámico que cons-

titucionalmente les había sido otorgado a los jueces, de suerte que el legislador, y por tanto la ley, dejaron de ser el epicentro normativo para abrir un espacio a las providencias judiciales como fuentes formales de derecho, con carácter general y abstracto: el precedente judicial vinculante.

Esta pluralidad jurídica y por tanto el quiebre con el ideario que inspiró la codificación, reporta sus consecuencias negativas en las aspiraciones de fiabilidad de los diferentes agentes que intervienen en el mundo económico, en la medida en que una inflación legislativa significa que las relaciones económicas se ven afectadas por la falta de coherencia y unidad normativa, contrario a lo que pretendía el proyecto codificador. Por otro lado, un sistema judicial donde los jueces asumen nuevas funciones de creación jurídica que fundamentan en razones constitucionales y no simplemente legales, y por tanto se apartan de criterios tradicionales y unificados, trae consigo una alta dosis de inestabilidad en la definición de las obligaciones y el cumplimiento de los contratos.

La imposibilidad que la actualidad jurídica supone a un nuevo proceso legislativo codificador que brinde seguridad ante la proliferación legislativa, por un lado, y la producción de sentencias de los diferentes jueces de manera no uniforme e indisciplinada, por otro, plantean una alarma importante para el desempeño correcto y eficiente de la economía de mercado, de ahí que la teoría económica haya advertido tales peligros y por tanto desarrolló un arsenal teórico para hacer frente a tales desafíos jurídicos. Así aparece la teoría Neoinstitucional de la economía, la cual plantea la relación entre las instituciones jurídicas; como la administración de justicia, las sentencias judiciales y las normas en general, con el funcionamiento de la economía de mercado, de modo que haya un carácter utilitario de las primeras a este último que permita el máximo desarrollo de la economía de mercado que actualmente impera en el mundo. Este contexto pone de manifiesto el propósito de este artículo: preguntarse por el papel y la función que desempeña el precedente judicial respecto del funcionamiento eficiente de la economía de mercado.

1. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ESTADO LIBERAL DECIMONÓNICO

El estado de derecho liberal decimonónico heredado de la Revolución Francesa creó un modelo normativo que dependía de las normas generales creadas por la asamblea u órgano democrático; la ley aprobada democráticamente era la fuente del derecho por excelencia. La ley era el producto normativo fundamental al cual se sometían los poderes públicos y las demás fuentes del derecho, como la costumbre

y la doctrina. Por su parte, la judicatura se debía limitar a ser el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres sin voluntad que no pueden moderar la fuerza ni el alcance de la voluntad democrática (Spanha, 2002: 197), pero que sólo hasta después de la Revolución iba a cobrar su verdadero alcance y significado.

La absoluta prevalencia de la ley garantizaba su supremacía gracias a encontrarse positivizada en cuerpos normativos codificados, racionalmente fundamentados y democráticamente legitimados (Spanha, 2002: 197). Con ello, en decir de Prieto Sanchís, se perseguía un triple objetivo: uno político, la unidad nacional; otro jurídico, el sometimiento de los operadores jurídicos al legislador; y uno económico, garantizar la racionalidad y seguridad de las relaciones económicas (Prieto, S. 2009: 193). Se muestra así la relación de un determinado sistema de fuentes del derecho tanto con la economía como con la política.

El movimiento codificador bebía ideológicamente de los postulados liberales racionalistas del siglo XVIII, cuya manifestación en el campo jurídico fue la racionalización de la producción normativa, expresada y positivizada en un cuerpo normativo completo y coherente. En palabras de Prieto Sanchís:

La idea de la legislación racional que pretende realizarse en la codificación tiene su origen en el racionalismo y en su anhelo por construir un sistema de leyes simples, universales, inmutables, abstractas y generales que aseguren la igualdad jurídica de todos los individuos, así como el libre desarrollo de su autonomía en la sociedad civil. (Sanchís P. , 2009: 31)

El naciente mercado, que fundamentará sus bases en el derecho moderno codificado, busca que el tráfico de mercancías se encuentre libre de incertidumbres normativas, por lo que el derecho, en su pretensión de suficiencia y racionalidad, va a ofrecerle a través del código la cualificación jurídica de cualquier cosa imaginable (Capella, 1995: 132). Gracias a la codificación normativa, el desarrollo del capitalismo logra tener un útil aliado en sus bases teóricas: asegurar la propiedad privada mediante la definición estricta de los derechos del propietario, por un lado, y asegurar el cumplimiento de las relaciones jurídicas contractuales, por el otro, todo lo cual se encuentra garantizado gracias a las reglas tipificadas en fórmulas jurídicas y aseguradas por los tribunales sometidos ciegamente a la ley.

Los códigos del siglo XIX operaban como catalizadores de un programa jurídico, político y económico, que está en estrecha relación con el ideal burgués de perdurar, de estabilidad. El código no cambia con facilidad o rapidez mérito de sus características de generalidad, suficiencia y carácter estructurante de los más variados ámbitos normativos de la vida de los individuos (Capella, 1995: 140), además de ofrecer un marco general para las relaciones de la esfera privada. Ejemplo de ello

son las funciones económicas de los bienes en una economía concurrencial, la titularidad del patrimonio y la base general de todos los actos jurídicos que implique intercambio de bienes (Capella, 1995: 135).

Como lo señala acertadamente Capella, la nueva clase empresarial emergía de la Revolución Francesa demandaba un mundo donde la estabilidad fuera la medida de la vida económica y social:

El empresario precisa saber de antemano el costo de producción de los bienes, el de su circulación en el mercado y los costos transaccionales. Estos últimos dependen principalmente del derecho, pero indirectamente también dependen de él los otros dos. La exigencia económica de calculabilidad se traduce en el plano del derecho en la exigencia de seguridad jurídica. (Capella, 1995: 136-137).

1.1 La descodificación

La idea de la codificación como inspiradora y centralizadora de la producción legislativa tuvo un amplio periodo de supremacía en el control de la creación jurídica y en el plano de la teoría del derecho, pero el siglo XX trajo consigo reformas y cambios políticos y económicos, que como normalmente sucede, iban a tener sus repercusiones en el ámbito jurídico (Pelayo, 1977: 13-21). Las repercusiones serían tan ondas que darían al traste con la idea central de la aspiración jurídica racionalista, esto es con el código, pero sobre todo, terminaría acabando con los valores y parte de la ideología que estaba representada en estos cuerpos normativos.

La transformación de los estados europeos a partir de la Primera Guerra Mundial, que implicó ocuparse de las necesidades sociales de la población y la función de dirigir, o al menos, intervenir en la economía, supuso que el Estado se viera en la necesidad de usar de una manera exponencial la producción legislativa como su más importante herramienta de transformación; el Estado empezó a expedir leyes especiales para las más variadas materias de la vida social y política, que ponía a las obras legislativas codificadas en un segundo lugar en lo que a la especialidad de la regulación normativa respecta. Como lo señala Corral Talciani:

El desarrollo de la sociedad industrial, los movimientos obreros, la necesidad de atender al crecimiento de la población urbana, los procesos de distribución de las tierras determinan a los órganos legislativos de diversos países a dictar legislaciones especiales que, si bien se refieren a materias que tradicionalmente correspondían al derecho privado, pasan a regularse por disposiciones autónomas. En las últimas décadas del siglo XX este proceso se acelera y comienza una verdadera proliferación de leyes especiales que se apartan de los contenidos del Código. (2007: 3)

Las leyes especiales se encargaron de minar las tradicionales instituciones, principios y soluciones que se habían creado racional y sistemáticamente desde la época de la codificación legislativa, por lo cual se dio lugar a una cantidad de islas normativas que se alejaban del continente del derecho estipulado en los códigos. El código deja de ofrecer las soluciones normativas que una sociedad cada vez más diversificada y menos homogénea demanda, dejan de ser el centro del mundo normativo para tornarse en una pieza más en la diversidad que compone el mundo jurídico de las sociedades de la segunda mitad del siglo XX (Irti, 1992: 93).

2. El (neo) constitucionalismo

Dentro del ambiente de inestabilidad jurídica suscitada por los cambios que trajo la segunda mitad del siglo XX, así como de los nuevos roles del Estado y del derecho en la sociedad, se abrió paso una nueva teoría y práctica jurídica, que se presenta como paradigma del pensamiento jurídico contemporáneo, tanto a nivel internacional como local. Es el llamado Nuevo Derecho o Neoconstitucionalismo, que siendo un concepto relativamente joven dentro del constitucionalismo ya ha logrado un importante impacto en las culturas jurídicas de España e Italia, como en gran parte de Latinoamérica (Carbonell, 2009:161).

Desde el momento en que el término neoconstitucionalismo fue acuñado por S. Pozzolo (Pulido, 2007: 301) ha sido usado para referirse al constitucionalismo europeo contemporáneo, pero en estricto sentido es imposible hablar de una versión más o menos estandarizada de lo que se entiende por Neoconstitucionalismo (Pulido, 2007: 301). No obstante se han realizado esfuerzos como el de Miguel Carbonell (2003: 165), para quien en principio, pueden alinearse bajo el rótulo de neoconstitucionalismo aportes como los de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Barroso, Nino, Prieto Sanchís, e inclusive, con reparos y matices, el mismo Ferrajoli. Todos ellos han ayudado a explicar y comprender las nuevas prácticas constitucionales, inclusive a crearlas.

Para Bernal Pulido (2007: 301) existe un núcleo en el que hay una convergencia sobre los contenidos de esta teoría, que se refiere al carácter de principios de los derechos fundamentales contenidos en la constitución; la posibilidad de aplicar tales derechos directamente en sede jurisdiccional y el método de la ponderación como método de interpretación de las disposiciones constitucionales y especialmente de los derechos fundamentales. Así mismo, Manuel Aragón Reyes (2007: 36), sostiene que el constitucionalismo es la teoría y práctica jurídica de un auténtico y genuino Estado constitucional, que se encuentra limitado verdaderamente, y no solo formalmente, por el derecho. Para que se hable de un estado constitucional

es necesario que se cuente con instrumentos jurídicos que garanticen la aplicación y por tanto la vigencia de la Constitución, esto es el mediante el ejercicio de un control jurisdiccional.

Miguel Carbonell, tratando de dar respuesta a la pregunta sobre qué se entiende por neoconstitucionalismo o nuevo derecho señala que este se refiere a textos constitucionales y a prácticas jurisprudenciales (2003: 61). Respecto de los textos constitucionales, el neoconstitucionalismo es la argamasa teórica que da cuenta de las constituciones de posguerra, las cuales no se limitan a establecer o separar a los poderes públicos, sino que contienen normas de carácter material que establecen fines y objetivos al Estado y por tanto a los poderes públicos, así como una gama de derechos fundamentales; ejemplos de estos textos son la Constitución española de 1978, portuguesa de 1976, brasileña de 1988, colombiana de 1991, venezolana de 1999 y la ecuatoriana de 2008 (Carbonell, 2003: 162).

En cuanto a las prácticas jurisprudenciales, el constitucionalismo ha significado un resurgimiento del papel de la institución judicial y el ascenso de los tribunales constitucionales, así como una modificación de las formas en que estos actúan. Se han establecido nuevos parámetros de interpretación que han modificado y tornado complejos los razonamientos de los jueces, para adaptarlos a las exigencias de los nuevos textos constitucionales; por lo tanto se potencializan técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, esto es ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, las cuales, según se dice, llevan a la maximización de la efectividad de los derechos fundamentales (Carbonell, 2003: 162).

El neoconstitucionalismo sostiene que la Constitución no tiene una formulación rígida en sus disposiciones, pues optó por una regulación principialista de los derechos fundamentales y de otras normas constitucionales, sin especificar límites o condiciones de primacía de una norma sobre otra. Dado que tratándose de normas de igual grado, no pueden ser usados los criterios tradicionales de temporalidad y jerarquía normativa. En la Constitución también se fijan límites y objetivos, pero no se dice nada sobre el grado o umbral mínimo de cumplimiento que han de buscar los poderes públicos en la realización de las finalidades constitucionales. Como sostiene Zagrebelsky, la Constitución ofrece una “pluralidad de mundos constitucionalmente posibles” (Sanchís P., 2007: 218).

2.1 Las fuentes del derecho a la luz del neoconstitucionalismo

Uno de los aspectos de especial importancia para la configuración y teorización del nuevo derecho neoconstitucionalismo, es sin duda el tema de las fuentes del derecho, en la medida en que el tipo de Constituciones que trata de teorizar el

neoconstitucionalismo han realizado una reingeniería en el diseño de las instituciones y los poderes del Estado, que en todos los casos se encuentran condicionados por los fines y objetivos trazados por la Constitución y especialmente por la efectiva realización de los derechos fundamentales.

Las fuentes del derecho y su configuración han sido históricamente uno de los aspectos más importantes que se han tratado por la doctrina jurídica y ha ocupado un lugar privilegiado en el diseño de las instituciones jurídicas y desempeña un papel central de cara a la organización del poder dentro de un estado de derecho y del funcionamiento del sistema judicial.

Uno de los cambios más significativos que plantea la teoría del neoconstitucionalismo, es la revisión de la teoría de las fuentes del derecho, una premisa del constitucionalismo es cuestionar la supremacía de la ley como expresión de la soberanía que encarna el parlamento en los estados democráticos (Sánchez P., 2005: 34). La arremetida del neoconstitucionalismo contra el liberalismo decimonónico parte de cuestionar la supremacía de la ley como fuente prevalente y casi exclusiva del derecho. En su lugar, el constitucionalismo propone que la ley, como la fórmula por excelencia de la producción normativa, continúe siendo una expresión legítima y válida de la autoridad democrática, pero en todo caso una autoridad sometida a una verdad normativa (Sánchez P., 2005: 35), cuyo referente es el contenido de la Constitución, en el que la jurisprudencia de un Tribunal Constitucional guarda un papel central en cuanto a la definición de los alcances de las disposiciones constitucionales.

Así, la ley se ve sometida a una medida de validez que se encuentra en la Constitución y que contiene una validez formal, la tradicional del estado de derecho decimonónico, pero además, una validez material que implica el respeto por parte del legislador de los contenidos sustanciales de la norma superior. El constitucionalismo ha marcado una fuerte condición para que la ley se adecue a la constitución, condición que no es otra que la garantía jurisdiccional de la Constitución. Mediante este se verifica si las condiciones de validez han sido o no respetadas, restringiendo de este modo el poder normativo de la ley como fuente de derecho, además, condicionando positivamente el contenido de las disposiciones legislativas, como es el caso de las inconstitucionalidades por omisión (Ferrajoli, 2011: 24-30).

Como lo sostiene Zagrebelsky (1997: 153) el constitucionalismo ha significado una redefinición del equilibrio entre jurisdicción y legislación que ha favorecido la fuerza de la primera, aunque no busca que la ley sea remplazada por la justicia, sino que advierte al legislador de que en el estado constitucional las leyes que produce son una de las varias partes del derecho y no todo el derecho. No obstante hace la salvedad de que las posibilidades normativas continúan abiertas a la deliberación

política siempre que se respeten los contenidos que la constitución señala. De tal suerte que el legislador no es más el señor del derecho y la ley no es ahora la única forma válida de producción jurídica.

A partir de la relación entre ley y Constitución, se ha planteado el carácter vinculante de la jurisprudencia, principalmente la jurisprudencia constitucional emanada de un tribunal constitucional. Estas providencias en la mayoría de los casos, tienen efectos generales y profuturo que serán aplicados por otros operadores jurídicos, es decir efectos *erga omnes*, tal como lo haría una ley aprobada democráticamente y según las prescripciones procedimentales para la producción normativa.

El nuevo derecho ha puesto de manifiesto una tensión entre democracia y constitución. Por medio de los procesos democráticos se delibera y se crean las normas, mientras que la Constitución, a través de los derechos fundamentales y demás principios constitucionales, interpone límites a las posibilidades decisorias de los órganos colegiados y democráticamente elegidos (Sanchís P., 2007: 221). En la tensión entre fuerzas democráticas y límites constitucionales miden fuerzas el legislador y los tribunales constitucionales, o lo que es lo mismo, la prevalencia de una fuente del derecho sobre otra: legislación o jurisprudencia.

El activismo judicial que hoy se encuentra abanderado por el neoconstitucionalismo no es un invento puro y simple de esta corriente teórica¹; es innegable que una variación como la que supone que los jueces dejen de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley para transformarse en actores más activos en la creación del derecho, debe tomar insumos, en mayor o menor grado, de las corrientes jurídicas y sociojurídicas que se han extendido por el mundo jurídico de influencia continental, además de la creciente influencia de las ideas jurídicas anglosajonas. Los aportes anglosajones se materializan tanto en el plano positivo como teórico, haciéndose evidente el fenómeno de trasplantes jurídicos, teóricos y normativos, que cada vez se extienden con más fuerza en el mundo no anglosajón, pero que recibe tales influencias foráneas, especialmente estadounidenses, gracias a la globalización (Rodríguez & Santos, 2007: 8).

En suma, el Nuevo Derecho ha planteado un reequilibrio entre las fuentes del derecho al asignarle un mayor valor a la jurisprudencia, especialmente a la jurisprudencia constitucional y de los órganos de cierre de la jurisdicción. El papel del juez se eleva a un importante actor en el funcionamiento de los asuntos del Estado en lo

1 En este punto puede resaltarse como antecedentes los trabajos realizados por la Escuela del Derecho Libre en Europa, el Realismo Jurídico en Estados Unidos. Además, son importantes los cuestionamientos que ya se venía realizando sobre el lenguaje desde la filosofía analítica y que tuvo sus desarrollos jurídicos en filósofos del derecho como Carrió, Nino, Hart y Kelsen.

que respecta a establecer el sentido y alcance del estado de derecho, de modo que la jurisdicción, encabezada por Tribunal Constitucional, da un importante paso en el control de las fuentes del derecho respecto del poder del ejecutivo y del legislativo. Dentro del estado constitucional los alcances e implicaciones del fortalecimiento del papel de los jueces ha tenido un gran desarrollo por los teóricos del derecho y los juristas en general, pero sus alcances prácticos en otras orillas del conocimiento no han sido tan estudiados, como es el caso de la relación del derecho y la economía dentro del estado constitucional y del cual este artículo da cuenta.

3. LA CERTEZA Y CALCULABILIDAD DEL DERECHO EN EL CONTEXTO DEL SIGLO XX

El hecho de que el sistema jurídico haya pasado de ser un cuerpo hermético y cerrado, codificado, a ser un cuerpo de normas sin forma donde pululan leyes que regulan las más variadas especialidades de la vida y los negocios de la sociedad, supone que se pierda en un grado importante una de las cualidades que por excelencia reclama del derecho el capitalismo, esto es la predictibilidad, la calculabilidad, ese bien inmaterial que tan celosamente exigen de los ordenamientos jurídicos los agentes económicos para poder desarrollar tranquilamente sus actividades económicas.

Para el eficiente funcionamiento del mercado sólo pueden existir riesgos en el funcionamiento mismo del mercado; en los riesgos propios del flujo de riqueza, en modo alguno de la variación de un ordenamiento jurídico, inflación legislativa, contradicción normativa, decisiones judiciales discrecionales y no previsibles, en fin, los riesgos para el eficiente funcionamiento del mercado no deberían venir del sistema jurídico, que hasta la existencia del código como epicentro normativo se encontraban razonablemente controlados por las bases del estado liberal, pero que con su erosión puso en jaque la estimada “calculabilidad” y de paso al mismo estado liberal.

La creciente expedición de normas especiales fuera de un cuerpo normativo codificado, por un lado, y el activismo judicial, por otro, son los aspectos que principalmente pretendía erradicar el movimiento codificador racionalista, pues era claro que con un cuerpo normativo completo, pleno y coherente se evitaba la dispersión y proliferación del ordenamiento; además se ofrecía una solución clara y previamente establecida para las relaciones comerciales. A su vez los jueces, que detentaban una fuerza dispersa que podía resistirse a los designios del legislador, podían ser controlados y sometidos en virtud de la voluntad soberana que el legislador plasmaba en los códigos, de modo que no hubiera obstáculos a la ley que organizaba un

mundo que funcionara para los sujetos que intervenían en la economía. Los jueces simplemente se debían limitar a aplicar las fórmulas que previamente habían sido diseñadas en uso de la omnipotente razón legislativa que expresaba la voluntad de la mayoría y de paso aseguraba las bases jurídicas del capitalismo económico.

No obstante, esta grandiosa empresa no duraría para siempre, pues debido a procesos como los de la descodificación y el activismo judicial propiciados por las constituciones rematerializadas propias de los estados sociales, las bases ideológicas y funcionales del estado liberal y por ende de los códigos, fueron paulatinamente desmontadas debido al quiebre que en el campo jurídico trajeron los cambios sociales, económicos y políticos que tuvieron lugar en la segunda mitad del siglo XX. Así, la pretensión de *calculabilidad y predictibilidad* que inspiró en gran medida el proceso de racionalización jurídica expresada en la codificación siguió la suerte de los códigos, es decir, dejó de ser el epicentro de las funciones del ordenamiento jurídico, para dar paso a nuevas ideas como la igualdad sustancial y la realización de otro tipo de fines del estado y del derecho, que en la contemporaneidad se encuentran definidos desde las constituciones.

4. LA TEORÍA ECONÓMICA NEOINSTITUCIONALISTA Y EL ROL DE LA JUSTICIA DE CARA AL SISTEMA ECONÓMICO

Así como la teoría jurídica reformuló varios de sus presupuestos, la teoría económica no se ha quedado atrás; como en materia jurídica y política se producen cambios, en la ciencia económica también se formulan modificaciones que se enfocan a asegurar el funcionamiento eficiente de la economía de mercado, como lo hizo el liberalismo decimonónico durante todo el siglo XIX con herramientas como los códigos y el sometimiento ciego de los jueces a la ley.

Es así como a finales del siglo XX se destaca una teoría económica que se presenta como una de las más importantes en lo que respecta a la relación de derecho y economía, pues se encarga de mostrar y teorizar el vínculo inescindible, no contingente, que existe entre las instituciones jurídicas y el funcionamiento de la economía de mercado, y como las primeras deben ser funcionales y estar al servicio de la última.

El hecho de que la justicia asumiera un papel preponderante en el rumbo de los acontecimientos jurídicos en la segunda mitad del siglo XX, supuso que se revelara su importancia de cara al funcionamiento de la economía, la cual, al igual que el derecho, había pasado por alto la gran influencia que esta rama del poder público comporta en el intercambio de riquezas y la había dejado confiada a la ficción creada por el liberalismo respecto del carácter neutral de los jueces y su estatus

de meros aplicadores de las palabras de la ley. Para la nueva teoría económica, específicamente el Neoinstitucionalismo, que como teoría ha sabido dirigir el discurso de desarrollo dominante en las últimas décadas impulsado por las agencias internacionales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Agencia estadounidense de desarrollo AID (Villegas, 2006: 23), el aparato de justicia desempeña varias funciones fundamentales de cara a asegurar el correcto desempeño de las fuerzas del mercado.

4.1 Neoinstitucionalismo económico y derecho.

La teoría neoinstitucional de la economía centra su estudio en la relación que existe entre el funcionamiento eficiente del mercado y la incidencia que sobre este tienen las diferentes instituciones, ya sean informales como los usos y costumbres; con origen en las prácticas sociales o en el estado; o formales como el derecho positivo producido por el aparato estatal (Ayala, 1999: 66-67). Los estudios del nuevo institucionalismo fueron propiciados por los trabajos de los premios Nobel de Economía Douglas C. North y Joseph Ztiglitz, que sentaron la piedra angular de dicha corriente, según la cual “las instituciones cuentan”(Portes & Rodríguez Garavito, 2012: 7).

Para el Neoinstitucionalismo esta relación se pone de manifiesto si se repara en la forma en la que se asignan los recursos en una sociedad no depende exclusivamente de las fuerzas naturales del mercado, como lo sostenía la economía clásica, sino que en el proceso de asignación también intervienen las estructuras de poder y el papel del estado y, por obvias razones, su herramienta por excelencia: el derecho, o mejor llamado por el Neoinstitucionalismo, instituciones formales. Gracias a las instituciones, formales e informales, se determina un mejor o peor funcionamiento del mercado, si es más o menos eficiente. Esta postura económica no rompe completamente con la economía neoclásica, pues asume muchos de sus instrumentos y comparte en buena medida sus bases teóricas, pero además asume que los enfoques convencionales, clásicos, han obviado el papel que desempeñan las instituciones en el funcionamiento de la economía de mercado (Ayala, 1999: 39).

Para North las instituciones son: “Las reglas del juego de una sociedad, más formalmente son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico.” (1993:13). No obstante, siendo North el pionero de la teoría neoinstitucional, la definición de institución que propuso se vio superada por posteriores desarrollos del neoinstitucionalismo, que se centran en subrayar las instituciones como un conjunto de reglas que articulan las interacciones econó-

micas, sociales y políticas, que circunscriben los comportamientos y restringen la conducta económica por determinados cauces gracias a cierto tipo de disposiciones e imposiciones institucionales (Espino, 1999: 63-64).

Una importante característica del neoinstitucionalismo es que vincula la idea de institución con la de restricción, porque son las instituciones las que definen los límites en las cuales se desarrollan los intercambios y las elecciones de los individuos; las restricciones son las que fijan los derechos, las prohibiciones y sanciones, por lo tanto son equivalentes al ordenamiento jurídico y al sistema de coacción del que este dispone para hacer cumplir las restricciones, esto es las normas y los acuerdos que permiten y facilitan la cooperación y coordinación entre los actores económicos. Dentro de las restricciones se encuentran las informales y las formales, las primeras están dadas por la religión, la moral, el comportamiento etc. Por su parte, las formales, que son las que más interesan en este estudio, son las reglas escritas y definidas en las normas legales (reglas políticas, judiciales, leyes, Constitución, etc.) emanadas del Estado. Este tipo de restricciones son probablemente las más importantes debido a la función que cumplen al especificar con rigor los contratos, obligaciones y las autoridades encargadas de vigilar y hacer cumplir los acuerdos, como los tribunales y juzgados (Ayala, 1999: 76-78). A esta teoría no importa el rol que como agente económico juega el Estado, sino como estructura institucional.

Las recientes teorizaciones del neoinstitucionalismo se han visto abocadas a destacar la importancia de un buen sistema judicial, el cual se muestra tan relevante para un eficiente funcionamiento de la economía como la tecnología, la disponibilidad de capital y el desarrollo de capital humano. Esto, por cuanto la definición de los derechos, obligaciones, deberes y responsabilidades de los agentes es determinante para el aprovechamiento de oportunidades de inversión o ahorro (Ayala, 1999: 316). Cuanto mejor sea el sistema judicial de una sociedad mejor su desempeño económico y viceversa. Según esta teoría, el modelo económico capitalista necesita el respaldo de un sistema jurídico que garantice la observancia de los acuerdos involucrados en las transacciones comerciales; la garantía la ofrece el poder público al actuar como tercero no sometido a la racionalidad individual de las partes. Del Estado y su poder coactivo depende la protección de los acuerdos institucionales que hacen posible la producción y la distribución (Espino, 1999: 318).

La relación entre el sistema legal y el sistema económico ha llevado a que la visión instrumentalista propia de la teoría económica neoinstitucional se vierta sobre los análisis jurídicos para promover reformas institucionales en el aparato de justicia, de modo que éste cada vez se acerque más a su función como garante de las obligaciones que los agentes contraen en las transacciones económicas. El neoinstitucionalismo ve en el sistema judicial un instrumento facilitador del mercado, que en

términos eficientes, confiables y predecibles defina las obligaciones y haga cumplir los acuerdos que se han alcanzado en virtud de las transacciones económicas; la tesis por excelencia de esta postura teórica es ver a las instituciones bajo la más estricta óptica instrumentalista, además de tener una predilección valorativa por los derechos de libertad y propiedad, de inspiración filosófica individualista (Villegas, 2006: 23). Bajo estos postulados el neoinstitucionalismo ha servido de argamasa teórica para las políticas neoliberales de reestructuración del Estado, específicamente de la justicia.

Para Cesar Rodríguez, la visión Neoinstitucionalista se puede advertir en los programas de reforma judicial de las últimas décadas (Rodríguez, 2006: 24-25) pues se caracterizan por una fuerte orientación hacia la protección de los derechos de propiedad mediante un sistema judicial con reglas claras, predecibles y efectivas; reducción de los costos de transacción, con celeridad y menos trámites; reducción de congestión y manejo gerencial de la justicia, además se advierte una gran propensión por dotar al sistema judicial de una mayor predecibilidad de sus decisiones, que entre otros, implica el fortalecimiento de un sistema de precedente judicial sólido y fuerte que limite el activismo de muchos jueces en materia de derechos sociales y de decisiones que resultan impredecibles por sus argumentaciones y concepciones sobre el derecho y la justicia (Villegas, 2006: 75).

Si los actores económicos saben de antemano cómo procederán los jueces a la hora de resolver y definir sobre los derechos y controversias, tendrán la confianza necesaria para hacer negocios y para invertir, si la justicia reduce costos de transacción el mercado será más eficiente. Por lo tanto la elección, mantenimiento y modificación de las normas y la forma en la que se comportan los operadores jurídicos que definen el sistema legal vigente, tiene un efecto inmediato sobre las decisiones que toman los agentes económicos.

La relación de reciprocidad en la que se encuentra el modelo económico y el ordenamiento jurídico se ve afectado seriamente por el cambio legal, por el cambio en las instituciones jurídicas, dado que como lo señala Ayala: "...diferentes estructuras legales conducen a diferentes tipos de desempeño económico, y distintas configuraciones legales incluyendo definiciones y asignaciones de derechos diversos, conducen a diferentes resultados económicos."(1999: 342). La relación entre las diferentes fuentes del derecho y la prevalencia de una sobre otra o de una sobre todas las demás, evidencia las consecuencias directas que el ordenamiento jurídico tiene sobre el sistema económico, esto por cuanto un determinado sistema de derechos, jerarquía de fuentes del derecho y modalidades de solución de conflictos ofrecidas por el sistema judicial, lleva a un determinado efecto en el funcionamiento del sistema económico.

Así, el neoinstitucionalismo explica desde la teoría económica la relación y efectos que el diseño y funcionamiento de las diferentes instituciones jurídicas implica para el funcionamiento del modelo de economía de mercado. El marco legal para el intercambio comercial, la racionalidad y la conducta de los agentes económicos, el acceso a la información, los costos de transacción, los derechos de propiedad y de libertad, los contratos, la resolución de conflictos y la forma en la que se aplican las fuentes del derecho y se comportan las decisiones judiciales, este último el objeto de más atención para el presente trabajo. Como lo señalan Rodríguez y Uprimny: "...las visiones neoinstitucionalistas muestran el papel central de la administración de justicia en la disminución de los costos de transacción, la definición de los derechos de propiedad y la protección de la seguridad de los contrato..." (2006: 119). El Neoinstitucionalismo requiere por tanto un aparato de justicia que funcione al servicio del mercado y por tanto propenda a su maximización, garantizando estabilidad, predecibilidad, eficiencia y sobre todo, seguridad jurídica para los intercambios económicos.

Para las empresas y demás actores económicos un poder judicial que, además de rápido, barato, ágil y eficiente, propenda y garantice en el mayor grado posible la seguridad jurídica, es un factor que advierte del ambiente institucional estable y propicio para el mundo de los negocios y de la inversión, (Pacheco, 2000: 150); la incertidumbre de las decisiones judiciales no es un riesgo que el mercado tolere fácilmente, la falta de seguridad jurídica es tan lesiva al mercado como la falta de un buen capital humano, recursos o tecnología. Un sistema judicial que no sea lo suficientemente predecible es un sistema que crea riesgo, peligro y que aumenta considerablemente los costos de las transacciones económicas, poniendo trabas a los flujos económicos y por tanto a la generación de riqueza y desarrollo del capitalismo. Por este motivo el diseño institucional y el funcionamiento del aparato de justicia deben estar orientados a generar la estabilidad jurídica necesaria y la credibilidad en las regulaciones para favorecer la seguridad de los negocios, proteger la propiedad privada y asegurar las demás condiciones necesarias para fortalecer la economía de mercado (Lista, 2009: 744).

5. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA

Con la expedición de la Carta de 1991 y los ulteriores desarrollos que la Corte Constitucional le dio a las disposiciones constitucionales mediante la jurisprudencia, se avivó en el país un debate en torno al estatus y diseño constitucional de las fuentes del derecho reconocidas por el constituyente y la forma en la que estas debían relacionarse, teniendo como panorama el arsenal teórico que había sido de-

sarrollado en Europa y Estados Unidos sobre la base de los estados constitucionales, de los cuales el Estado colombiano parecía ser parte gracias a su nueva y moderna constitución, situándose dentro de los Estados que han adoptado la más avanzada fórmula Constitucional de las democracias occidentales, esto es las constitucionales rematerializadas. La Constitución de 1991 planteó la redefinición del mundo jurídico que había sido construido a la luz de los postulados del pensamiento jurídico y político propios del siglo XIX y que en gran parte quedaban caducos a la luz del nuevo constitucionalismo. Obviamente a semejante ruptura en el suelo jurídico no escaparían las fuentes del derecho, que como se sabe, fue uno de los objetivos más importantes de la nueva teorización jurídica.

Dentro de los muchos cambios que se dieron con la expedición de la Constitución de 1991 se destaca la forma en la que se redefinió el sistema de fuentes del derecho, que supuso un cambio de la omnipotencia legislativa y la sumisión de los jueces a la ley, a un modelo donde el legislador dejó de ser el todo poderoso creador de la ley, para verse obligado a ceder ante los embates de la nueva fuerza que los jueces obtuvieron en virtud de las cláusulas constitucionales, especialmente del poder cobrado por la Corte Constitucional en virtud de su potestad de control de validez material de las leyes. Este entorno constitucional permitió el nacimiento de un sistema de fuentes del derecho que da prevalencia al precedente judicial, especialmente a la jurisprudencia constitucional que de manera jerárquica se impone al resto de los jueces.

Dejando de lado todo el debate en torno a si del texto constitucional se desprende o no un sistema de precedente vinculante, se tomará como punto de referencia la posición de la Corte Constitucional al respecto, dado que es la doctrina constitucional vigente respecto a dicho asunto. Así, se obviarán los antecedentes que Diego López (2006: 29-71) referencia como la lucha legislativa y judicial por el control de las fuentes del derecho, que terminó en inicios del siglo XXI con un fortalecimiento más que evidente del poder judicial gracias a la posición de la Corte Constitucional como intérprete último del texto constitucional, por un lado y a su posición como órgano de cierre de todo el ordenamiento, por otro. Se pasa a referenciar las sentencias hito en la consolidación del precedente judicial.

La Corte Constitucional, a partir de 1995 inicia una línea argumentativa que se fortaleció progresivamente en torno a la relevancia constitucional de tener y hacer respetar un sistema de precedentes que se desprende del art. 230 de la Constitución, que plantea la necesidad de una conciliación entre los valores de autonomía judicial y coherencia jurisprudencial (García & Rodríguez, 2004: 443). El primer sustento es el concepto de “doctrina probable”, bajo cuyo entendido constitucional se podía dar pie al respeto de un precedente vinculante; posteriormente se acudió

a la cláusula constitucional o principio de igualdad, el cual permitía que la Corte hiciera extensivos los efectos de sus providencias a los caos similares que cono- cieran los demás jueces. (López Medina, 2007: 50-67). Para finales de la década del noventa y principios del 2000 se podía advertir cada vez con mayor fuerza que la Corte Constitucional se inclinaba de manera decidida por el valor vinculante de la jurisprudencia y sus efectos generales y abstractos, sosteniendo que los jueces tienen el deber de acatar la *ratio decidendi* de los fallos, tanto de control como de tutela (López Medina, 2007: 67-71). El argumento central de este desarrollo judicial es el valor de la igualdad consagrada en la Constitución y la confianza legítima.

No obstante los desarrollos referidos, puede sostenerse que el carácter vinculante del precedente se encuentra definitivamente afinado en la sentencia C-836 de 2001, debido a que en esta además de hacer una profunda argumentación respecto del carácter vinculante del precedente judicial, tanto constitucional como de la jurisdicción ordinaria, se ofrecen las más sólidas bases para sustentar el carácter de fuente formal del derecho del precedente judicial. En este fallo también se sientan los lineamientos sobre las modalidades del precedente, además de definir con claridad las posibilidades de los jueces para apartarse de éste (López Medina, 2007: 73-74). Uno de los aspectos más importantes de la referida sentencia es que en ella la Corte sostiene que la doctrina del precedente judicial es aplicable, además de la jurisdicción constitucional, a la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, siendo que las mismas razones que sustentan la aplicación del precedente constitucional son aplicables para sustentar el carácter vinculante del precedente de las demás altas corporaciones de la judicatura².

En esta sentencia se hace una fuerte defensa del precedente horizontal, obviamente además del vertical, pues se sostiene que los jueces se encuentran sometidos a los derechos y garantías que la Constitución consagra y por lo tanto tienen el deber jurídico de respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales resolvieron casos jurídicos similares (López Medina, 2007, pág. 84). De este modo, la Corte Constitucional establece que en el sistema de fuentes vigente en la Constitución de 1991 se dispone un sistema de precedente relativo, dado que los jueces *prima facie*, tienen el deber de respetar el precedente, y es así porque el deber no es absoluto en virtud de la autonomía judicial, siempre y cuando se esgriman suficientes razones. Este modalidad de precedente impone a los jueces una doble carga: la carga

2 En este mismo sentido se han proferido las sentencias C-539 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012 donde la Corte ha sido reiterativa en considerar la obligatoriedad de los precedentes judiciales de los órganos de cierre en diversos escenarios (entre ellos la jurisdicción ordinaria, la contencioso administrativa o las entidades de la Rama Ejecutiva), al tiempo que ha destacado la necesidad de que también se tenga en cuenta los precedentes que integran la jurisprudencia constitucional de una manera prevalente.

de transparencia, que significa que es menester que el juez conozca el precedente vigente y la carga de argumentación, que es el deber de motivar suficientemente que su posición es jurídica y moralmente superior a la previamente establecida por un precedente (López Medina, 2007: 85).

Respecto de la prevalencia de la jurisprudencia de un órgano de cierre sobre otro, la Corte Constitucional tuvo a bien sentar que en todo caso prevalece la que ella profiera mediante sentencia C-634 de 2011³, en donde sostiene que en caso de una contradicción entre la interpretación realizada por ésta y las demás corporaciones, la regla que debe prevalecer es la sentada por el precedente constitucional, pues comporta un carácter preferente debido a su función de garante último de la constitución, es decir en todo caso prevalece la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ha instaurado mediante su jurisprudencia un sistema de precedente que respeta el valor de la ley pero que le da un carácter de fuente formal del derecho a la jurisprudencia, y que dentro de todo el sistema normativo la jurisprudencia constitucional es la que tiene la última palabra y por tanto debe ser acatado por todos los órganos del estado, so pena de prevaricato (sentencia C-335 de 2008)⁴. Esta modificación del sistema de fuentes ha tenido un respaldo por el mismo legislador; no hay que pasar por alto que la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, señalan como deber de los jueces y de las autoridades administrativas el respeto del precedente judicial emanado de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. El precedente judicial como fuente formal del derecho ha sido creado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero reforzado y garantizado por el legislador mediante ley (Tamayo Jaramillo & Jaramillo J., 2012: 3).

6. LAS FUENTES DEL DERECHO, LA DESCODIFICACIÓN, EL ACTIVISMO DE LOS JUECES Y EL NEOINSTITUCIONALISMO

Como se ha advertido, los cambios que trajo el siglo XX para el derecho significaron un quiebre con muchas de las ideas que fueron hegemónicas en el ámbito jurídico durante el siglo XIX y que dieron forma a los modelos jurídicos de Europa conti-

3 En el mismo sentido se han proferido las sentencias C- 539 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012, y C-588 de 2012.

4 Esta posición de la Corte, un caso claro en el que actúa como legislador penal positivo, pues incluye en el tipo penal a los jueces que desconocen el precedente judicial, se ha reiterado en las sentencias C-539 de 2011 y C-634 de 2011.

mental y que se exportaron en masa al sur del nuevo mundo. Los sistemas jurídicos que se estructuraban en torno a las obras codificadas que contenían la máxima expresión de la razón dejaron de ser el epicentro jurídico y se vieron superados por un universo jurídico de leyes especiales que no rendía culto a la coherencia y plenitud normativa. Gracias a nuevas teorías jurídicas y nuevo derecho los jueces empezaron a resolver los casos de manera poco homogénea un juez de otro, pues decidían partiendo de postulados que los sacaba del letargo de ser la boca de la ley y, aprovechando las brechas y oportunidades que brinda el lenguaje; todos y cada uno de los jueces se situaba en un lugar privilegiado en el sistema de producción normativa. El legislador y la ley dejaron de ser el epicentro del sistema normativo.

El hecho de que los códigos perdieran paulatinamente su poder dentro del universo normativo, trajo consigo que los valores que tan celosamente eran protegidos se vieran socavados y puestos en riesgo, la coherencia garantizada por un único cuerpo normativo que estipulaba soluciones para todo se vio superada por las contradicciones que supone la inflación legislativa propia de un estado intervencionista y que buscaba garantizar derechos sociales. El carácter cada vez más especializado de las leyes reemplazaba las fórmulas clásicas del Código por un subsistema normativo que se ocupaba de una única materia, además, en la desconfiguración de la coherencia, plenitud y predictibilidad de los códigos influyó fuertemente el cambio del papel institucional de los jueces; de ser simples operadores del derecho que se encargaban de garantizar la aplicación de la ley, pasaron a ser creadores de derecho en sentido estricto. Haciendo uso de herramientas sociológicas y del análisis del lenguaje, los jueces se transformaron en productores de derecho que disputan al legislador la supremacía en la producción normativa.

El desplazamiento de los códigos como centro normativo a manos de los factores que se han señalado, trajo como consecuencias la tan indeseable inseguridad jurídica con un alto impacto negativo para los actores económicos, dado que ante este horizonte de cambio constante la racionalidad de los agentes económicos percibe un desincentivo para hacer transacciones económicas, negocios, inversiones, etc. La percepción de inseguridad jurídica tiene en los agentes un efecto inmediato de desconfianza y por lo tanto frena la iniciativa privada y el emprendimiento. Sin seguridad jurídica que garantice el efectivo cumplimiento de los contratos se genera una alza en los costos de transacción (Consejo Privado de Competitividad, 2011-2012, 200), pues no se conoce de antemano la forma en la que en caso dado sean resueltas las disputas de los diferentes agentes, lo que de suyo incrementa el riesgo y las posibilidades de que se generen pérdidas o ganancias por debajo de lo esperado, según las expectativas que racionalmente motivan a los agentes a incursionar con ánimo de lucro en el flujo económico.

Respecto de las decisiones judiciales, el hecho de que estos gocen de un grado de independencia en la aplicación e interpretación de la ley, conlleva una consecuencia negativa para las transacciones económicas, dado que decidiendo de manera autónoma e independiente pueden dar un sentido a la ley que no se ajusta a la voluntad del legislador y que es la que ordinariamente toman en cuenta los agentes económicos para guiar su conducta. Los jueces que fallan conforme a su criterio jurídico tampoco se someten normalmente a las decisiones que toman los superiores jerárquicos en similares supuestos de hecho; la inseguridad jurídica deviene como consecuencia inmediata de decisiones jurídicas diferentes y no disciplinadas conforme a un criterio único y concentrado de interpretación y aplicación de la ley. Como lo señala el Informe del Consejo de Competitividad: (2011-2012: 206): “El vaivén de las decisiones judiciales no permite a los empresarios tomar decisiones con certeza. El precedente obligatorio, por el contrario aumenta la seguridad jurídica y disminuye los incentivos a la corrupción en la justicia”.

Las decisiones judiciales no sólo son importantes por las consecuencias directas que de ellas se desprenden sobre las diferentes transacciones económicas, sino que principalmente irradian sus efectos sobre el comportamiento ex ante que realizan los actores económicos, las decisiones judiciales constantemente envían señales e información del estado del sistema jurídico al mercado (Lista, 2009: 747). La información contenida en las sentencias es relevante para el mercado, debido a que es un valioso presupuesto para sopesar las diferentes decisiones y acciones racionalizadas en clave económica, en una palabra, la credibilidad de los agentes en el sistema judicial oscila ostensiblemente entre la confianza o la desconfianza, tomando como criterio de medida el grado de discrecionalidad y autonomía de los jueces, así como el carácter uniforme y coherente de las diferentes decisiones judiciales (Lista, 2009: 747). Como se puede advertir, el camino más idóneo y expedito para lograr las exigencias de estabilidad que el mercado reclama de la economía es un sistema de precedente que unifique, controle y discipline la unidad de las decisiones de los jueces en el mayor grado posible, y solucione de esta forma la inestabilidad jurídica que trajo el siglo XX con los fenómenos referidos.

El sistema de precedente judicial obligatorio se ha fortalecido ostensiblemente en lo que va corrido de este milenio, el fortalecimiento se ha caracterizado por la concentración del poder normativo del precedente en los tres órganos de cierre del sistema normativo y en último término en la Corte Constitucional. Tiene además un tinte marcadamente jerarquizado y unificado en un solo órgano, al cual se deben someter y plegar disciplinadamente todos los demás jueces que integran el sistema judicial. Los principales titulares del poder normativo del precedente, que en muchos aspectos se iguala al poder normativo del Congreso e incluso lo supera,

se encuentra en titularidad de los tres órganos judiciales de cierre, y finalmente en cabeza de la Corte Constitucional gracias a su doble función de Juez Constitucional de Control de constitucionalidad y de juez de revisión de todas las acciones de tutela de que conocen los jueces en las diferentes especialidades. De modo que ante la proliferación de leyes especiales que desconfiguran la unidad sistemática de los códigos y la proliferación de jueces activistas de posición humilde dentro de la estructura del aparato de justicia, el precedente y los órganos judiciales de cierre y especialmente la Corte Constitucional, se erigen como el nuevo epicentro de la producción normativa dentro del estado de derecho constitucional.

7. CONCLUSIÓN

El desmonte teórico del estado liberal decimonónico y del positivismo jurídico a manos del neoconstitucionalismo, ha traído consigo a un nuevo señor del derecho, un nuevo centro de referencia jurídico, una nueva dispositivo que agrupa el derecho al reconducirlo a un órgano que tiene la última palabra y a quien no se puede hacer oposición dentro del sistema normativo o político. Es, de este modo, que en torno a la jurisprudencia se han reagrupado, reunificado e inclusive, racionalizado nuevamente las normas jurídicas. Prueba de lo anterior es que el mismo legislador mediante la expedición de los nuevos Código de Procedimiento Administrativo y Código General del Proceso, ha declarado el valor vinculante del precedente judicial emanado de las altas corporaciones, dando respaldo legislativo a una realidad jurídica que se había labrado a fuerza de sentencias de la Corte Constitucional.

El precedente judicial creador de normas jurídicas generales y abstractas, a diferencia de las leyes, no debe surtir largos trámites y debates legislativos, oposición de las fuerzas sociales y políticas y controles jurídicos de validez. Las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, las cuales crean situaciones jurídicas que vinculan en términos de generalidad y abstracción, se encuentran revestidas de la garantía de la cosa juzgada, además de no ser susceptibles de control político o jurídico en una instancia superior. Por esta razón si el precedente se hace respetar por los órganos judiciales siendo el máximo garante la misma Corte Constitucional, este puede ofrecer un grado muy alto de estabilidad y predecibilidad de las decisiones judiciales, pues todos los jueces del aparato de justicia se deben ceñir a lo que sea establecido por los precedentes de las altas corporaciones, en sus respectivas especialidades y jurisdicciones. Así, puede advertirse como los valores que la economía de mercado reclama del sistema jurídico están mejor asegurados y garantizados por un sistema de precedente fuerte que por leyes que pueden ser interpretadas de manera autónoma y con criterios diferentes por cada juez de la República.

Varios han sido los mecanismos que tanto la jurisprudencia como la legislación han desarrollado para asegurar el sometimiento disciplinado de los jueces al precedente jerárquico, entre estos vale la pena resaltar la tutela contra sentencias (ver: Quinche Ramírez, 2011) por desconocer el precedente judicial y la procedencia del recurso de casación por el mismo motivo que trajo el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012. Para hacer respetar el precedente judicial y garantizar su fuerza dentro del sistema de fuentes del derecho, se dispusieron dos modalidades de garantía; una expedita, acción de tutela, y otra propia del sistema de recursos, casación. Ambas se enderezan a garantizar, como en sus tiempos lo hizo el *refere legislativo* respecto de la ley, que los jueces disciplinen y estructuren sus decisiones en torno a una fuente del derecho, sobre un mismo criterio y bajo las mismas consideraciones. La racionalidad de las decisiones judiciales está dado por su grado de acople con los criterios que fueron definidos por los superiores funcionales, similar a los tiempos de la omnipotencia legislativa donde la racionalidad y validez de las decisiones estaba dado por el respeto ciego a la ley y al legislador: la medida de la razón ya estaba expresada en la ley, en el Código, ahora lo está en la jurisprudencia de los órganos jerárquicamente superiores de la jurisdicción. Un valor agregado del precedente respecto de la leyes es que mientras una sentencia de la Corte Constitucional sobre una materia no puede ser eliminada del ordenamiento jurídico por otro órgano, la ley sí lo puede ser, obviamente por la Corte misma.

El hecho de que en sus tiempos los Códigos fueran la expresión de la ideología liberal, no significaba que con ellos no se hubiera ganado en garantías y libertades, así como el hecho de que el precedente judicial sea altamente funcional a las fuerzas que operan en el mercado no quita mérito al hecho de que, gracias al activismo de la Corte Constitucional, se hayan realizado algunas mejoras en campos como el laboral, penal y familia en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, cómo se mostró, paralelamente a los fenómenos y procesos propiamente jurídicos, como el de las fuentes del derecho, se desarrollan procesos económicos y sociales, los cuales se encuentran inescindiblemente ligados a los fenómenos jurídicos y tienen importantes implicaciones recíprocas. Con este trabajo se trató de analizar cómo temas que normalmente han sido dominados por filósofos, teóricos del derecho y operadores jurídicos, puede tener unas implicaciones en otros campos del deber y del funcionamiento de la sociedad, en este caso el sistema económico.

8. BIBLIOGRAFÍA

Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Capella, J. R. (1995). *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico teórico al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, M. (2003). El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En M. C. (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, M. (2009). *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. (Cuarta ed.). Madrid: Trotta.
- Consejo Privado de Competitividad. (2011-2012). *Consejo Privado de Competitividad*. Recuperado el 28 de 7 de 2014, de Consejo Privado de Competitividad. Recuperado el 20 junio de: <http://www.compite.com.co/site/wp-content/uploads/2011/11/INC2011-2012.pdf>
- Espino, J. A. (1999). *Instituciones y economía. una introducción al neoinstitucionalismo económico*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo I. Toria del derecho*. Madrid, Trotta.
- Hespanha, A. M. (2002). *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos.
- Irti, N. (1992). *La edad de la descodificación*. Bcelona: Bosh.
- Lista, c. A. (2009). *Consejo latinoamericano de ciencias sociales*. Recuperado el 29 de julio de 2014 de, <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr025/elotrdr025-04.pdf>
- López Medina, D. E. (2007). *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Temis, Universidad de los Andes.
- López, D. E. (2006). *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudencialesm y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis.
- North, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Pacheco, C. C. (DICIEMBRE de 2000). *ILSA*. Recuperado el 29 de julio de 2014, de ILSA: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr025/elotrdr025-04.pdf>
- Pelayo, M. G. (1977). *Las transformaciones del estado contemporaneo*. Madrid: Alianza.
- Portes, A., & Rodriguez Garavito, C. (2012). Una nueva mirada a las instituciones colombuianas: el contexto, el diseño y la metodología del estudio. En A. Portes, & C. Rodriguez Garavito, *las instituciones en colombia un análisis sociologico* (págs. 6-20). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. *DOXA*, 339-353.
- Pulido, C. B. (2007). Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo. En M. C. (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- Quinche Ramírez, M. F. (2011). *Vías de hecho: Acción de tutela contra providencias*. Bogotá: Ibañez.

- Reyes, M. A. (2007). La constitución como paradigma. En M. A. Reyes, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- Rodriguez, C. G., & Santos, B. d. (2007). el derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica. En C. R. Boaventura de Sousa Santos, *El derecho y la globalización desde abajo* (págs. 7-28). Barcelona: Anthopos, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Sanchís, L. P. (2005). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Distribuciones Fontamara.
- Sanchís, L. P. (2007). El constitucionalismo de los derechos. En M. C. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- Sanchís, L. P. (2009). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trota.
- Spanha., A. M. (2002). *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos. .
- Talciani, H. C. (2007). *Derecho y academia. el blog de Hernán Corral*. Recuperado el 10 de julio de 2014, de sitio wed de Hernan Corral Talciani: <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/descodificacion.pdf>
- Tamayo Jaramillo, J., & Jaramillo J., C. I. (2012). *El precedente judicial en Colombia. papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Ibañez.
- Villegas, M. G. (2006). En R. G. Uprimny, *¿ Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. (págs. 15-45). Bogotá: Editorial Norma.
- Zaglebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Legislación

- Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Ley 1564 de 2014, Código General del Proceso.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-335 de 2008, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-836 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-539 de 2011, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-634 de 2011, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva;
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-816 de 2011, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-588 de 2012, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.