

**LA JURISPRUDENCIA COMO MEDIO PARA LA PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSGRADOS
DOCTORADO EN DERECHO
BOGOTÁ D.C.
COLOMBIA
2020**

**LA JURISPRUDENCIA COMO MEDIO PARA LA PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO

DIRECTORA

ANA YASMÍN TORRES TORRES

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSGRADOS
DOCTORADO EN DERECHO
BOGOTÁ D.C.
COLOMBIA
2020**

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO- INSTITUTO DE POSGRADOS

PRESIDENTE NACIONAL: JORGE ALARCÓN NIÑO

RECTOR NACIONAL: FERNANDO DEJANÓN RODRÍGUEZ

PRESIDENTE SECCIONAL: JULIO ROBERTO GALINDO HOYOS

RECTOR SECCIONAL: FERNANDO SALINAS SUÁREZ

**DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO: LUIS FRANCISCO RAMOS
ALFONSO**

**DIRECTORA DEL INSTITUTO DE POSGRADOS: NOHORA ELENA PARDO
POSADA**

DIRECTOR DEL DOCTORADO EN DERECHO: RICARDO SÁNCHEZ ÁNGEL

DIRECTORA DE LA TESIS DE GRADO: ANA YASMÍN TORRES TORRES

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DE JURADO

JURADO

JURADO

BOGOTÁ, D.C. (16, diciembre, 2019)

DEDICATORIA

Dedico este esfuerzo a los hombres y mujeres que luchan por la democracia, la libertad y la Justicia, y en general por los principios, valores y derechos que iluminan el Estado Constitucional.

A quienes día a día en la familia, en los grupos sociales y en la academia, en Colombia y, en general en todo el mundo se esfuerzan para forjar una sociedad inclusiva, tolerante y respetuosa de los derechos del otro, de la naturaleza y de los seres sintientes.

A quienes día a día ofrendan su vida con su quehacer diario laborando honrada y responsablemente como antídoto contra los corruptos, expoliadores y destructores de los otros sujetos de derecho, de la naturaleza y del ecosistema.

Al padre y al maestro que con su ejemplo, la vida y la pluma, recrean el pasado en el presente para el futuro de las generaciones venideras.

Al juez comprometido con la construcción de un mundo justo y no violento por medio de una jurisprudencia activa que materialice el Estado Social de Derecho.

AGRADECIMIENTOS

A Helena, Clemente, Luz Dary, Valeria, Daniela y Luis Armando; sólo ellos en las profundidades de sus vidas y cada cual desde donde está, los únicos seres que saben, cuanto han dejado de ser, para que yo sea, y de qué se despojaron, para que éste constructo argumental pudiera emerger.

RESUMEN

Uno de los estándares esenciales para la construcción de un Estado Constitucional y Social de Derecho, es la protección de los derechos fundamentales de todas las personas. Este propósito demanda la existencia de unas fuentes materiales y formales del derecho dinámicas, en constante replanteamientos ante la velocidad de los acontecimientos y de las transformaciones sociales y políticas, de modo que, superen los criterios ortodoxos, restrictivos, estáticos y mecanicistas en la producción, interpretación y aplicación de lo jurídico a la realidad concreta. La trascendencia de la cuestión impone resolver crítica y reestructivamente, el siguiente problema: ¿Es la jurisprudencia un instrumento para la protección de los derechos fundamentales?

En este contexto, se necesitan recursos, instrumentos, estrategias y medios, para lograr la materialización de los derechos. Entre las herramientas más relevantes se halla la jurisprudencia, cuyo rol entre la órbita de las fuentes formales del derecho es hoy de incalculable valor, el cual se halla demostrado en esta investigación. Al interior de este formante de lo jurídico, se ha desarrollado la doctrina probable con una larga historia en nuestra formación jurídica, pero también, la doctrina del precedente recepcionado desde 1991 por la Corte Constitucional colombiana, institutos que para los fines de este estudio, son su objeto, pero principalmente, las emanadas de los Tribunales de Cierre. Por supuesto, la forjada por los otros tribunales o jueces, tiene importancia, pero su impacto es menor a la de las altas cortes.

De consiguiente, las páginas que siguen constituyen un esfuerzo para determinar críticamente el grado de eficacia y el alcance de las decisiones judiciales para el amparo de las prerrogativas constitucionales. Se analizan los postulados de autores nacionales y extranjeros, desgajando ideas centrales, teorías, escuelas, para luego ir procediendo con sumo cuidado en el tejido argumental para demostrar que la jurisprudencia es un medio eficaz de la protección de los derechos fundamentales, que recupera su real puesto y valor, como arma de los jueces, ante el déficit de Estado de Derecho en nuestros intentos de labrar democracia constitucional en pos de proteger los derechos de las personas.

Se demuestra que la judicatura, por encargo y designio de la Constitución a través de la voz más clara y resonante que le da la Carta como atribución política, a una autoridad: la sentencia judicial, va fundiendo todo un arsenal jurídico que crea derecho, llenando los vacíos de la ley y materializando la Constitución. El trabajo emprende el análisis de ese constructo por medio de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombianas, junto a las sucesivas leyes alusivas a la producción jurisprudencial. Mediante los métodos analítico, sintético, dialéctico y crítico de la bibliografía y de las sentencias seleccionadas, y con apoyo en la evolución legislativa nacional, bordeando las tradiciones jurídicas del *common law* y del *civil law*, se defiende que la unificación de la jurisprudencia por vía del precedente y de la doctrina probable, cuando el juez en forma real y auténtica encarna la Constitución a través de sus decisiones, se torna en actor para proyectar una sociedad más justa e inclusiva.

PALABRAS CLAVES: Estado, Fuentes del Derecho, Jurisprudencia, Doctrina Probable, Precedente, Derechos Constitucionales Fundamentales.

ABSTRACT

One of the essential features of a constitutional and social rule of law is the protection of fundamental rights of every person. This requires the existence of dynamic sources of law – formal and material- not only to deal with the rapid political and social transformation, but to overcome the orthodox, restrictive, static and mechanistic criteria characterizing the production, interpretation and application of law. Transcendence to resolve the question of the reconstructively critical question and the following problem: Is jurisprudence a tool for the protection of fundamental rights?

In this context, the realization of constitutional rights requires a different array of strategies, resources and instruments. Among them is the jurisprudence as a formal source of law; which has been invaluable to the pursuance of rights. Particularly, via jurisprudence judges have developed the long standing probable doctrine ("*doctrina probable*"); and they have also given value to precedent. The Colombian Constitutional Court very active in the advancement of the latter. As for this study, it focuses both in the Supreme Court and the Constitutional Court as institutions that have given value to jurisprudence as a source of law; this without overlooking the relevant contributions of lower courts.

Hence, this paper constitutes an effort to critically determine the degree that judicial decisions have had in the realization of constitutional rights. To such purpose, this text analyzes national and foreign scholars, and it breaks down their central ideas and theories, to demonstrate the relevance of jurisprudence as an effective mean to protect constitutional rights. Furthermore, the paper shows the relevance of jurisprudence as a weapon available to judges, in a context of deficit of the rule of law, to consolidate a constitutional democracy that protect the rights of people.

The conclusion of this paper is that the judiciary through its judicial decisions -the clearest and most resonant voice of the Constitutional Charter- fills the gaps of the legislative, creates law and ultimately realizes the Political Constitution. To arrive to such conclusion, the text undertakes an analysis of different decisions from the Colombian Supreme Court and the Constitutional Court, together with the successive laws alluding to jurisprudential production. Particularly, through synthetic, dialectical and critical manner of the selected bibliography and judicial decisions. In this very guise, this paper also studies the national legislative evolution; which borders the legal traditions of common law and civil law. It is in this manner that the unification of jurisprudence via precedent and the probable doctrine, and competent judges that incarnate the constitution, become the keystones to forge a more just and inclusive society.

KEY WORDS: Rule of Law, Sources of Law, Jurisprudence, Probable Doctrine ("*Doctrina Probable*"), Precedent, Fundamental Constitutional Rights.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	15
1. ESTADO, PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. LA JURISPRUDENCIA, EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD JUDICIAL, ELEMENTO DINAMIZADOR DE LA DEMOCRACIA	26
1.1 Estado y principios democráticos	26
1.2 Los estándares democráticos	30
1.3 Jueces, democracia y jurisprudencia	34
1.4 La motivación de la sentencia, ¿esencia de la democracia?	36
1.6 Conclusión	38
2. LA JURISPRUDENCIA DESDE LA TEORÍA Y LA HISTORIA DEL DERECHO	41
2.1 Concepto de Jurisprudencia	41
2.2 Los orígenes. La jurisprudencia en el Derecho romano. Los jurisprudenciosos	42
2.3 Jurisprudencia como la ciencia del derecho	47
2.4 Jurisprudencia como un conjunto de decisiones judiciales o doctrina jurisprudencial	48
2.5 Jurisprudencia como fuente del derecho	49
2.6 Jurisprudencia como teoría del derecho	54
2.6.1 Jurisprudencia conceptual – dogmática	54
2.6.2 Jurisprudencia de intereses, teleológica o de los fines	58
2.6.3 Jurisprudencia del Derecho Libre	63
2.6.4 Jurisprudencia sociológica	65
2.6.5 Jurisprudencia normativista de Kelsen: ciencia empírica y descriptiva del derecho	68
2.6.6 Jurisprudencia de principios, valores y derechos	75
3. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO	76
3.1 El concepto de derecho	76
3.2 Estado – Nación, Revolución Francesa y fuentes formales	77
3.3 Las fuentes formales en la producción jurídica	80
3.3.1 La Ley	83
3.3.2 La jurisprudencia	83

3.3.3 La doctrina.....	84
3.3.4 Jurisprudencia, doctrina jurisprudencial, doctrina legal o probable y precedente.....	87
3.3.5 La costumbre.....	89
3.3.6 Los principios generales de derecho.....	90
3.4 El bloque de constitucionalidad y los estándares internacionales faros en la reinterpretación de las fuentes.....	92
3.5 Jurisprudencia como fuente autónoma del derecho.....	97
3.5.1 Concepto de Jurisprudencia por el que aboga esta investigación.....	97
3.6 La jurisprudencia en las tradiciones jurídicas.....	101
3.6.1 La tradición romano-germánica.....	102
3.6.2 La Jurisprudencia en la historia democrática del <i>Civil Law</i>	103
3.6.3 La tradición del <i>Common Law</i>	107
3.6.4 La tradición Socialista.....	113
3.6.5 La jurisprudencia en el derecho español.....	114
3.6.6 La Jurisprudencia en el derecho mexicano.....	115
3.6.7 La evolución de la jurisprudencia en el marco del derecho colombiano en la búsqueda de obtener efectos <i>erga omnes</i> y futuros.....	118
3.7 La función unificadora de la jurisprudencia y de protección de los derechos fundamentales. Sus ventajas.....	124
3.8 Casación y jurisprudencia. La reivindicación de la unificación jurisprudencial.....	130
3.9 Oposición a la jurisprudencia.....	138
3.10 Conclusión.....	140
4. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.....	143
4.1 Estado, Constitución, Ley y sentencia judicial.....	143
4.2 Las providencias judiciales, y la motivación, como núcleo de la doctrina jurisprudencial.....	145
4.3 La función de la justificación con respecto a la jurisprudencia.....	147
4.4 La fundamentación de las sentencias: una institución moderna.....	149
4.5 La motivación de la sentencia permite un control endoprocesal o interno y extraprocesal o público de la decisión judicial.....	155
4.6 Partes de la sentencia y la motivación.....	159

4.7 Derecho comparado e instrumentos internacionales	162
4.8 La motivación de la sentencia judicial en Colombia	163
4.9 Conclusión	170
5. EL PRECEDENTE (<i>precedent</i>)	173
5.1 Concepto	173
5.2 El Precedente Judicial en el Derecho Anglosajón	174
5.2.1 El Precedente Judicial en el Derecho Inglés.....	175
5.2.2 El Precedente en el Sistema Jurídico Australiano	177
5.2.3 El Precedente Judicial en el Sistema Jurídico de los Estados Unidos	179
5.3 ¿Qué es lo que constituye el precedente o dónde se halla?	182
5.4 El concepto de precedente de la Corte Constitucional colombiana	188
5.5 Finalidad del precedente.....	190
5.6 Clases de precedentes	190
5.6.1 Según la obligatoriedad que pueda tener en relación con casos posteriores.....	191
5.6.1.1 Precedente vinculante o <i>binding</i>	191
5.6.1.2 Precedente persuasivo o referencial.....	193
5.6.2 Según los factores de competencia como elementos necesarios para establecerla.....	194
5.6.2.1 El precedente vertical	194
5.6.2.2 El precedente horizontal.....	195
5.6.3 Según la especialidad o competencia funcional o en razón de la materia de que conocen los jueces	196
5.6.4 Según la aceptación por un determinado número de jueces	196
5.6.5 Según si se profieren por un juez colegiado o singular	197
5.6.6 Según los efectos de la naturaleza de la decisión	197
5.6.6.1 <i>Erga omnes</i> , negativos de inexecuibilidad.....	197
5.6.6.2 <i>Erga omnes</i> , positivos de exequibilidad	199
5.6.6.3 Efectos <i>inter partes</i>	199
5.6.6.4 Efectos <i>inter comunis</i>	199
5.6.6.5 Efectos <i>Inter pares</i>	200
5.6.7 Según los Efectos temporales	201

5.6.8 Según las áreas jurídicas de conocimiento	202
5.7 Requisitos para la aplicación del precedente	202
5.7.1 Requisitos de carácter cuantitativo	203
5.7.2 Requisitos de carácter cualitativo	203
5.8 Diferencias entre precedente y jurisprudencia	208
5.9 Defectos en la adopción del precedente	216
5.10 Vicisitudes temporales del precedente	218
5.10.1 El <i>stare decisis</i>	219
5.10.2 El <i>Leading case</i>	220
5.10.3 El <i>Overruling</i> , cambio o revocación del precedente	221
5.10.4 El <i>Self Restraint</i>	225
5.10.5 El <i>Following</i>	229
5.10.6 El <i>Distinguishing</i> o inaplicabilidad del precedente anterior.....	229
5.10.7 El <i>Narrowing</i> o estrechamiento del ámbito normativo del precedente	230
5.10.8 El <i>Broadening</i> o ampliación de los efectos del precedente	230
5.10.9 El <i>Undermining</i>	231
5.11 Las vicisitudes del precedente y su incidencia en América Latina ...	231
5.12 Las alteraciones técnicas del precedente para la Corte Constitucional de Colombia	232
5.13 Reglas para cambiar el precedente	234
5.14 El cambio de precedente o de doctrina probable en el derecho nacional	237
5.15 Reglas o criterios particulares que puede tener un juez para aplicar un precedente	241
5.16 Obligatoriedad y sanciones en caso de no obediencia del precedente en Colombia – Prevaricato	242
5.16.1 La obligatoriedad del precedente con mayorías precarias	254
5.16.2 Crítica a las sentencias condenatorias de la Corte, por la configuración del delito prevaricato en la violación del precedente.....	256
5.17 ¿Cuándo adquirió presencia el precedente en Colombia? Etapas en la adopción por la Corte Constitucional colombiana	257
5.17.1 Fase escéptica, secular o dogmática	260

5.17.2 Fase de apertura hacia una disciplina incipiente de la obligatoriedad del precedente de los años 1995—1999	264
5.17.3 La etapa de consolidación del precedente como imperativo judicial	269
5.17.4 Fase de empoderamiento definitivo del precedente	274
5.18 Disciplina del precedente en la adopción de tratados	282
5.19 Conclusión	283
6. LA DOCTRINA PROBABLE EN COLOMBIA	289
6.1 El concepto de doctrina	289
6.2 La jurisprudencia constante francesa	290
6.3 La doctrina legal	292
6.4 La doctrina probable en el derecho colombiano	296
6.5 Ley 61 de 1886 la doctrina legal – Tres decisiones	302
6.6 Ley 57 del 15 de abril de 1887.....	303
6.7 Ley 153 de 1887. La doctrina legal más probable. Tres decisiones.....	306
6.8 Ley 105 de 1890. Autoritarismo del precedente. La doctrina legal: Dos decisiones	307
6.9 Ley 169 de 1896. La doctrina probable. Retorno al precedente persuasivo. Tres decisiones uniformes	309
6.10 Artículo 21 del Decreto 2304 de 1989 y preocupación por la unificación jurisprudencial en lo contencioso administrativo	311
6.11 Doctrina constitucional con carácter obligatorio. Efectos de los fallos en los juicios de constitucionalidad	314
6.12 Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Sentencia C-037 de 1996.....	317
6.13 Ley 1285 de 2009. Reforma a la Ley 270 de 1996 de la Administración de Justicia	323
6.14 Retorno a la doctrina probable EN LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS Y JURISDICCIONALES	325
6.14.1 Art. 24 de la Ley 1340 de 2009 relativa a normas de protección de la competencia	325
6.14.2 Unificación jurisprudencial por medio de doctrina probable. Ley 1395 de 2010	327
6.14.3 Medidas de descongestión judicial	327

6.14.4 Doctrina probable con decisiones similares en cinco o más casos análogos en la solución de situaciones administrativas. Vigencia temporal de doctrina probable administrativa con cinco antecedentes	328
6.14.5 Fallo alterando turnos ante la existencia de precedentes	331
6.15 Ley 1437 de 2011 o nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	331
6.16 Respeto al precedente: 1. La petición de extensión de la jurisprudencia, 2. El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, y 3. La revisión eventual en acciones de populares y de grupo	334
6.16.1 La petición de extensión de la jurisprudencia.....	334
6.16.2 La extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado	335
6.16.3 El recurso de unificación jurisprudencial y la revisión eventual de acciones populares y de grupos. Otros importantes instrumentos de incorporación de la doctrina probable y del precedente	336
6.16.3.1 El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial	336
6.16.3.2 El mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo.....	338
6.17 Las sentencias de unificación jurisprudencial	338
6.18 El impulso definitivo con el Código General del Proceso. Reposicionamiento de la doctrina probable como fundamento de la jurisdicción ordinaria	340
6.18.1 La doctrina probable, instituida en un deber de obligatorio acatamiento en el derecho adjetivo.....	341
6.19 Ley 1781 de 2016, Salas de Descongestión para la Sala de Casación Laboral	343
6.20 La modificación de la jurisprudencia como causal revisión en la ley 906 de 2004	345
6.21 Conclusión	349
CONCLUSIONES GENERALES Y FINALES	351
BIBLIOGRAFÍA.....	363

INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales, inherentes principalmente a los seres humanos¹, son un resultado del desarrollo histórico, social y cultural de la humanidad; representan un radical avance para el bienestar de las personas, los grupos sociales, las organizaciones y los Estados. A su posicionamiento se llegó por las reivindicaciones sociales en las revoluciones liberales de Francia, Inglaterra y EE.UU., las cuales exaltaron en sus primeras declaraciones, aquellos que se pueden identificar con la idea de “libertades negativas”, enmarcados en una nueva organización jurídico política conocida hoy, como el Estado de Derecho democrático.

Como producto del avance constitucional, y de los acontecimientos históricos de mediados del Siglo XX, surgió un cambio del modelo del Estado de Derecho, el cual se transformó en Estado de Bienestar y Social, ampliando al catálogo de derechos y libertades decimonónicas, una la lista creciente de prerrogativas constitucionales o fundamentales, entre ellas, las que poseen un carácter obligacional², social y económico, generadores de prestaciones de dar, de hacer, y de no hacer, para los Estados, a través, de la ejecución de acciones logísticas y presupuestarias en pro de su materialización. Por consiguiente, se hizo común la expresión “progresividad”, o principio de *“no regresividad como elemento adicional y central de estos derechos constitucionales”*. En este marco, se gesta entonces desde el Estado legislativo el Estado Constitucional y Social de Derecho.

En Colombia, en efecto, como en otros Estados, con la promulgación de la Constitución de 1991 se instauró un cambio de paradigma estatal, modificando la concepción y la estructura del “simplemente” Estado de Derecho para dar paso a un Estado Constitucional y Social de Derecho; por consecuencia, modificando la forma y “sustantividad” de protección de los derechos, permitiendo una aplicación directa del texto Constitucional, sin la necesidad de la expedición y ejecución de una regulación de normas infraconstitucionales como la ley o los actos administrativos, con el palmario objetivo de lograr su amparo y protección, acorde con el “nuevo” carácter vinculante de los Derechos Constitucionales para todas las instancias estatales.

El nuevo esquema implica, un desafío en la reconceptualización de las fuentes del derecho, en la tradición del derecho continental o *civil law* como la colombiana, que apareja y repercute en el rol del juez y en la modalidad de sentencia que este profiere. Esta incidencia no es mediática, ni coyuntural, sino medular porque las decisiones judiciales, son la materia prima y el contenido de la jurisprudencia, por cuanto el tipo de Estado es determinante de la forma de hacer jurisprudencia, y en

¹ Principalmente, porque los otros seres sintientes también tienen derechos; lo he venido sosteniendo en providencias judiciales, como en el caso del Hábeas del Corpus del Oso Chucho, en la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2017. Sala de Casación Civil. Habeas Corpus (26/07/2017). Radicación 2017-00468-02; en la decisión de la Amazonía, donde fue declarada como sujeto de derecho, desde el año 2018, por la misma sala de la antelada corporación en la Sentencia STC4360-2018.

² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-207. Expediente no T-54994. (12, mayo, 1995). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

consecuencia, el nuevo paradigma estatal, añade nuevas responsabilidades a los sentenciadores, entre ellas la de velar por el amparo de los derechos constitucionales, por su puesto, con la observancia también de los principios y valores del Estado Constitucional, a causa de, la insuficiencia de la ley general y abstracta, para solucionar todos los problemas fácticos y jurídicos del quehacer judicial cotidiano.

Esa nueva relación: -Estado, -derechos fundamentales, -Juez; implica para la democracia ante las realidades históricas, resolver un problema central para el futuro: ¿Es, puede o debe ser la jurisprudencia un instrumento de protección de los derechos fundamentales?

En esas condiciones, aumenta el compromiso del juez, y por tanto, el efecto determinante del formante jurisprudencial, en pos de la protección de los derechos constitucionales, en todas las jurisdicciones puesto que, todos en este sistema mixto de control constitucional, están investidos de la facultad, no solamente para resolver acciones constitucionales, sino también para hacer derecho viviente desde la propia Constitución en cada una de sus especialidades competenciales.

En esa medida, todos los juzgadores de alguna manera, deben ser “jueces hércules” (premisa planteada por Dworkin) y por tanto, les corresponde la construcción de la sentencia, insumo esencial de la jurisprudencia, con venero en los valores, principios y normas constitucionales, llenando de contenido los derechos, a causa, de su carácter general y declarativo, y desde esa perspectiva deben aplicar los ordenamientos especializados a los casos concretos, superando las dificultades, los vacíos y las contradicciones normativas que puedan presentarse en la solución de las controversias.

En este contexto, la reformulación de la jurisprudencia como fuente del derecho, hoy se nutre de la nueva moldura constitucional, y *contrario sensu*, a las interpretaciones antiguamente mayoritarias de las decisiones judiciales eminentemente legiscentristas edificadas exclusivamente en la Ley. El trabajo jurisprudencial se asumía con el criterio de fuente auxiliar o secundaria del derecho y es desarrollado, para entonces, sin mayores significaciones o efectos en la vida de las personas o de la sociedad. No obstante, hoy con el nuevo cariz de Estado, la doctrina probable y el precedente, han dado un salto cualitativo desde las Cortes, principalmente en la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia para elaborar y facilitar la formulación de líneas jurisprudenciales, con las cuales se dota a los jueces y magistrados de medios e instrumentos, así como de un creciente arsenal de antecedentes decisorios, que poco a poco han permitido estructurar una sólida doctrina probable o de precedentes para la defensa efectiva de los derechos constitucionales o fundamentales.

Por esas razones, las sentencias además de ser normas jurídicas de carácter particular; cuando algunas de ellas cumplen ciertos requisitos por su riqueza teórica, por su novedad, por gestar una novel y eficaz resolución de conflictos, o por fijar ciertos criterios aplicables para el futuro, por sus condiciones especiales adquieren la naturaleza y la función de transformarse en subreglas jurídicas vinculantes o

persuasivas para casos futuros. Las primeras, de obligatoria sujeción para autoridades administrativas y judiciales, so pena, de incurrir en violaciones de principios y normas de jerarquía constitucional, e incluso en sanciones penales cuando se trata de funcionarios no jurisdiccionales que se apartan del precedente o de la doctrina probable; o de jueces, cuando al separarse en la solución de un caso no justifiquen razonadamente los motivos para disentir o reaccionar. Las segundas, esto es, las persuasivas, apenas guían como criterio auxiliar las decisiones de las autoridades.

Ese cambio jurídico - político, ha inclinado a pensadores y teóricos del derecho colombiano al estudio de la doctrina probable y del precedente, en procura de la elaboración de material bibliográfico. Tanto la función del juez, como la jurisprudencia y sus expresiones centrales para aquilatar los derechos fundamentales: la doctrina probable y el precedente son objeto de investigación crítica en la presente tesis.

En lo tocante con el precedente, por su carácter novedoso y disímil, han surgido varias interpretaciones a veces equívocas, inclusive de algunos jueces, edificándolo como única fuente formal del derecho como categoría específica de la jurisprudencia, excluyendo con o sin intención, a veces confundiéndola, con la doctrina probable soslayando la extensa historia de la Corte Suprema de Justicia en sede del recurso de casación que por medio de este recurso ha tenido la función histórica de aquilatarla, y que desde otrora, ha desempeñado un papel primordial, en la unificación jurisprudencial, en la protección de derechos, y en la guía práctica para la solución de “*casos difíciles*” de conocimiento de los jueces colombianos.

Lo anterior, ha desembocado en una confusión, en parte, alentada por la Corte Constitucional, en su prisa por el afianzamiento de la línea jurisprudencial del precedente, que a veces, transponiendo premisas jurídicas del *common law*, no ha realizado una crítica a su plausibilidad o sin ejecutar distinciones precisas frente a la doctrina probable, no obstante, su complejidad indudable ha abogado definitivamente por su impostación.

En ese sentido, para darle claridad al objeto de la investigación ¿Si la jurisprudencia es o no un medio eficaz de protección de los derechos fundamentales?, sin dejar por fuera elementos de gran importancia, se impone armonizar las dos nociones (precedente y doctrina probable), en el concepto de jurisprudencia, identificarlas, distinguirlas y luego regularizarles copulativamente, para no ser víctimas de la circulación acrítica de modelos judiciales o jurídicos, a veces ajenos a la realidad, sin tener en cuenta, sus diferencias en los efectos jurídicos, elementos constitutivos y procedencia.

Para tal propósito es necesario previamente delimitar la noción de jurisprudencia, con el objetivo de establecer el alcance del estudio, por virtud de su amplitud polisémica y vocabular. Por consiguiente, en el trabajo se entenderá, la jurisprudencia como una categoría amplia de fuente formal, al margen de las construcciones filosóficas que sobre su naturaleza polemizan. Empero, para deslindar el problema jurídico fue preciso auscultar su significado y teorización

desde la filosofía y la teoría jurídica; pero para la solución concreta se partió de la inteligencia y comprensión del concepto medular desde la perspectiva de la jurisprudencia como fuente de creación jurídica por parte de los jueces, y no desde otro contexto, a fin de establecer que, cuando se busca su uniformidad, se erige en instrumento de protección de los derechos fundamentales y de construcción del Estado Democrático y Social de Derecho.

En esa línea problemática se enfrentan las dos categorías centrales, tanto en su significado y trascendencia: la doctrina probable y el precedente, como vertientes extraídas de la ley y de la doctrina emanadas de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, esencialmente, como formas específicas de desarrollo jurisprudencial; la primera, vista desde 1886, y el precedente desde la vigencia de la Constitución de 1991; pero demostrando además, que son fuentes formales creadoras de derecho, de conformidad, con las características especiales asignadas por la Constitución y la ley; y además, como elementos, que reportan enormes beneficios en la consolidación de las líneas jurisprudenciales en las dos corporaciones judiciales, pero con alusión a la importancia de ellas, someramente en el Consejo de Estado, por medio del recurso de unificación jurisprudencial y de la extensión de la jurisprudencia.

En el alcance que puede tener esta investigación, se procura probar y sustentar la tesis, según la cual, la jurisprudencia es un instrumento efectivo de protección de los derechos constitucionales, como cimentación diaria y paciente, encarnada por medio de la doctrina probable y del precedente por vía de las decisiones de las Altas Cortes, por supuesto, sin descartar los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales superiores del país, cuyo análisis no es propósito de esta investigación. La doctrina probable, se presenta con un amplio desarrollo en la Corte Suprema de Justicia y en vigor desde 1896 con el art. 4 de la Ley 169 de 1896, incluso desde antes, con otras denominaciones y efectos similares, en sede del recurso extraordinario de casación. El precedente se encara desde cuándo es introducido y desarrollado por la Corte Constitucional basándose principalmente en los sistemas jurídicos del *common law*, a partir de la vigencia de la Constitución de 1991.

Avanzado, en los razonamientos plasmados en el trabajo, una de las incógnitas centrales para solucionar la hipótesis, es, determinar cuál es la naturaleza jurídica de la jurisprudencia. En ese sentido, para empezar, se efectúa un breve análisis histórico de la jurisprudencia, teniendo en cuenta las variantes de la sociedad o el periodo temporal; *verbigracia*, en la tradición occidental, representados en el derecho romano, donde según Morineau, la jurisprudencia era definida como la serie de “*opiniones emitidas por los jurisconsultos sobre las diversas cuestiones que se les planteaban, ya fuesen presentadas por particulares, o por los propios magistrados. Fueron pues, los jurisconsultos los que al interpretar el derecho le otorgaron a éste un carácter doctrinal*”³; y en ese sentido, se infiere, el surgimiento de una producción nueva de conocimiento, por la interpretación normativa que

³ MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. *Derecho Romano*, Colección. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Profesores Titulares por Oposición. Facultad de Derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México: Ed. Harla, 1987. p. 15-16.

realiza un sujeto calificado, primero el jurisconsulto en aquélla etapa del desarrollo histórico, y ahora el juez contemporáneo; los dos, con ciertas semejanzas.

Luego, con el posterior advenimiento de las revoluciones burguesas, junto con el afianzamiento del paradigma de la modernidad, además, del surgimiento de los Estados de Derecho, como el francés, el inglés, y en general los europeos, a la par de la paulatina independencia de los americanos, por virtud de incorporar en sus estándares democráticos la separación de poderes, va brotando el poder judicial en la estructura de la organización en pos de autonomía e independencia frente a la otras ramas del poder. Empero, se cuestiona cuál puede ser el valor o el efecto normativo de las decisiones judiciales, ante la decisiva prevalencia que tomó la ley en el sistema de fuentes, y por causa del fuerte impacto tanto de la Revolución Francesa, como con la aparición de los códigos contemporáneos en el tránsito de la premisa "*rex fons regem*" a la "*lex fons regem*". Algunos como el francés toman fuertes reservas frente al valor normativo de las decisiones judiciales. Esta circunstancia es decisiva en el derecho nacional, desde el surgimiento de las revoluciones democrático burguesas, y esencialmente desde 1850.

Simultáneamente, se encaran los diferentes sistemas o tradiciones jurídicas, en relación con el papel protagónico que pueda otorgarse a las decisiones judiciales como fuentes creadoras de derecho y su obligatoriedad, a fin de darles efectos semejantes a los producidos por la ley expedida por el legislativo. En la postura positiva de dar reciedumbre a las sentencias, se alinderó el derecho inglés y el derecho norteamericano, identificados, junto con otros países de tradición jurídica del *common law*. Paralelamente, se fortalece la tradición del *civil law*, como enfoque que otorga mayor vigor en el sistema de fuentes fincado en la ley, conservando a la jurisprudencia como secundaria. Diferentes tratadistas y teóricos, movimientos y escuelas del derecho, han analizado y argumentado, desde los dos enfoques decisionales en relación con su fuerza normativa vinculante.

En este contexto, la instauración del Estado Constitucional en Colombia, pero también en otros países, y aupado por la circulación de modelos jurídicos entre las diferentes tradiciones, surgen reacomodamientos, tensiones, controversias en el sistema de fuentes, entre las denominadas formales principales y secundarias, no solamente como un aparente fenómeno hermenéutico, sino ante todo, como una lucha por el monopolio en las fuentes, de quién ostenta la producción jurídica, fenómeno concurrente con el descrédito de los legisladores en América Latina y con un definitivo activismo judicial en numerosos sectores de la judicatura.

Sin duda, se genera un crecimiento de los debates sobre la eficacia de la jurisprudencia en la construcción de Estado Constitucional, todo lo cual, conlleva el análisis de la pertinencia de afrontar un estudio de este linaje, encarando el examen de tan importante fuente, en relación con las otras, y especialmente con la Ley, sin descartar la función que también juegan las otras, como la costumbre, los principios generales del derecho y la equidad. Por esta razón, el interés se halla en la jurisprudencia, por cuanto la globalización y la incidencia del modelo decisional de los jueces, se ha visto notoriamente influenciado en muchos ordenamientos y especialmente en el colombiano por las tendencias norteamericanas, por virtud de

la hegemonía cultural, política y económica de aquella visión en las últimas décadas, y por la activa participación de Estados Unidos, en planes políticos, gubernamentales, judiciales, económicos y educativos, que rebasan lo acontecido con la Alianza para el Progreso. Un claro ejemplo, son las políticas antidrogas, el tratado de extradición, el Plan Colombia, el Tratado de Libre Comercio, la imposición de modelos económicos y hasta de códigos punitivos, como acaece con el sistema acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004, que ha implicado educar fiscales y jueces siguiendo pautas y estrategias claras de la visión procesal del *common law*, inclusive con un número creciente de cursos, adelantados por aquéllos, en los Estados Unidos.

Otra de las cuestiones a precisar, es conocer la relevancia práctica de la jurisprudencia, en la protección de los derechos constitucionales, en un sistema que bebe claramente de la influencia de una la tradición romano-germánica.

La respuesta, respecto a lo planteado, debe ser suministrada desde el propio marco constitucional, desde el bloque de constitucionalidad y del *corpus iuris internacional* de los derechos humanos, ante la dilación o la omisión legislativa, puesto que por la diversidad y recurrencia de los sucesos objeto de juzgamiento, el juez ya no puede ni debe esperar la decisión legislativa o administrativa, porque la Constitución le imparte un mandato para la aplicación directa de los principios, valores y derechos.

En ese sentido, el papel de la jurisprudencia es esencial en el desarrollo de los derechos constitucionales, como se prueba con las consistentes líneas jurisprudenciales desarrolladas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema y el Consejo de Estado para la garantía de los derechos individuales, sociales y prestacionales, como la salud o aquellos que involucren la prestación de algún servicio público domiciliario; los derechos conexos a la libertad y la política; el derecho de petición como forma primigenia de garantizar el derecho a la información y el control a las autoridades. Del mismo modo, con la notoria contribución de la doctrina probable para la aquilatación del derecho a la igualdad.

Asimismo, no se puede desechar la influencia del derecho continental, creador de la Corte de Casación Francesa, homóloga de la Corte Suprema de Justicia en el derecho colombiano; ésta última, tribunal colegiado que desde hace 134 años, ha realizado la función de proteger los derechos de las personas y de las comunidades potenciando y enriqueciendo por medio de la función de unificar la jurisprudencia mediante el recurso extraordinario de casación, doctrinas para solucionar problemas jurídicos donde la normatividad general era insuficiente, en búsqueda de un grado coherencia necesario, para ajustar al ordenamiento jurídico la solución de los casos presentes y futuros.

Desde el siglo pasado la Corte Suprema ha venido, por ejemplo, protegiendo los derechos de las parejas concubinarias, con antelación a la Constitución de 1991 y a la Ley 54 de 1990 o, la suma de posesiones en materia de derechos patrimoniales la igualdad de los hijos, la función social de la propiedad, la reparación integral, la libertad contra la dictadura, etc., sin excluir su estrecha relación a los derechos

constitucionales como la propiedad o la conformación de una familia responsable bajo el principio de autodeterminación, junto con otros múltiples problemas solucionados y erigidos en casos fundantes para el futuro, en pro de proveer a la sociedad un nivel justicia y unos mínimos de igualdad y equidad, desde las decisiones de sus jueces.

La investigación entonces, analiza el problema de la jurisprudencia en sus expresiones de precedente y de doctrina probable en el derecho nacional y la observancia que brota de ellas, sea en forma persuasiva o vinculante en pos de apostarle al garantismo y a la construcción del Estado de Derecho; pero al mismo tiempo, estudia y protege el derecho y la posibilidad de que los jueces puedan, frente a sus propios precedentes y a las doctrinas de los tribunales superiores y de los de cierre, en virtud, del principio de autonomía judicial, apartarse justificadamente de esas decisiones.

Empero, es necesaria una herramienta, para que las decisiones de mayor eficacia en la protección de los derechos constitucionales proferidas en la Corte Constitucional y en la Corte Suprema de Justicia, en el Consejo de Estado o en los tribunales de cierre o colegiados judiciales de mayor jerarquía, vinculen y obliguen a los demás jueces a resolver casos análogos, siguiendo y respetando sus propias decisiones y especialmente las de las autoridades de cierre. Por ello, sin discusiones, el precedente vinculante o la doctrina probable, constituyen instrumentos prácticos para lograr el acatamiento de la decisión más protectora de los derechos constitucionales.

Ahora bien, podría igualmente plantearse: ¿la obligatoria obediencia del precedente y de la doctrina probable también cobija a los particulares? La inquietud sobre la obligatoriedad parecería un absurdo, al procurar equiparar la fuerza de la jurisprudencia con la ley, sin embargo, más allá de estas circunstancias las cuales son dilucidadas en la investigación, los alcances vinculantes o persuasivos de la doctrina probable o del precedente cobijan con más fuerza las autoridades administrativas, quienes jamás pueden separarse de aquellas formas jurisprudenciales *so pretexto* de incurrir en prevaricato; y de contera compete a los particulares observarla, mayormente si cumplen funciones o servicios públicos.

El análisis, de la conceptualización del precedente propuesta por la Corte Constitucional colombiana, y del mismo modo por la Corte Suprema de Justicia, en la lucha por el poder en las fuentes formales y creación del Derecho, junto a su incidencia con relación al recurso de casación y protección de los derechos subjetivos cobija gran parte del desarrollo del trabajo. En las dicotomías y contradicciones que surgen, se responde de conformidad, con toda la elaboración normativa y particularmente con la producción judicial de la Corte Constitucional desde 1991, y con algunas posiciones de la Corte Suprema, en búsqueda de un posicionamiento y triunfo por categorizar a la jurisprudencia (precedente y doctrina probable) como una auténtica fuente formal del derecho, como un proceso que

paulatinamente ha evolucionado en diferentes etapas, para lograr la consolidación del precedente o de la doctrina probable como imperativo judicial⁴.

En el marco de la discusión se resalta el afianzamiento del precedente por virtud del papel vanguardista de la Corte Constitucional frente a él. Asimismo, presenta la acentuada historia, de surgimiento y consolidación de la doctrina probable con un vigor centenario, liderada por la Corte Suprema de Justicia, que inclusive resultó vigorizada después de un embate de constitucionalidad, contra el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 que la consagra, visible en la sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional.

En todo caso, la línea que recorre la investigación es la búsqueda del perfil conceptual que poco a poco permite inferir cómo, en la lucha de fuentes y de creación del derecho, los jueces del Estado Constitucional y Social de Derecho juegan un papel protagónico en su materialización, aunado a la protección de los derechos fundamentales y del mismo modo para la formación de verdaderas democracias constitucionales.

En este contexto, la lucha y las contradicciones en las dinámicas de las fuentes jurídicas no es un exclusivo problema formal, sino la disputa por su monopolio, con efectos eficientes y prácticos para la ciudadanía. Significa que la judicatura contemporánea debe ejercer un rol dinámico y creciente, por medio de las decisiones judiciales. En consecuencia, en el Estado contemporáneo ante el notorio déficit de Estado de Derecho, son los jueces, por causa también de la inepticia de las autoridades políticas y de las ramas ejecutiva y legislativa, quienes con sus decisiones proactivas toman determinaciones en cada caso concreto, cuya línea central es y debe ser la defensa de los derechos y de las garantías.

El método utilizado en el trabajo es de corte cualitativo e interpretativo y con una perspectiva argumentativa, se emplean técnicas propias de la metodología de la investigación. El primer paso consistió en la recolección de fuentes bibliográficas, relacionados con el tema, sin realizar juicios de valor o análisis, en ese sentido, se ejecutó una búsqueda de libros, artículos y ensayos de revistas especializadas en derecho, de autores nacionales e internacionales, de expertos en la materia, adicionando en la indagación, la normatividad legal y administrativa, junto las sentencias de relevancia o hito de las Altas Cortes Nacionales relacionadas con el objeto de la investigación, y por supuesto, con mi propia experiencia.

Ahora bien, las fuentes consultadas, están a la vanguardia de los diferentes temas desarrollados, empero, sin descartar los libros y documentos referenciales, en procura de construcciones históricas y etimológicas, de los diferentes elementos conceptuales del trabajo, para proporcionar una mayor claridad y profundidad en la argumentación de la tesis.

⁴ Este se halla en las Sentencias C-252 de 2001, C-836 de 2001, C-820 de 2006, C-335 de 2008 y C-713 de 2008 de la Corte Constitucional.

Igualmente, se da un manejo de las fuentes bibliográficas digitales, con una importancia inusitada en la recolección de información, proporcionando una facilidad e inmediatez en la consulta de los saberes. Así mismo, por virtud de los medios electrónicos que, destruyen las barreras espaciales, para conocer los argumentos de autores nacionales y particularmente internacionales, relacionados con el precedente y las doctrinas jurisprudenciales unificadoras en diferentes países.

El primer paso se concreta con el análisis documental de las teorías del Estado democrático, y el rol de la jurisprudencia en él. Posteriormente se estudian los textos de historia de la jurisprudencia y, de las diferentes escuelas que teorizan sobre ella, con base en lo precedido. Con fundamento en ello, el trabajo luego se contrae al desarrollo de la conceptualización de la jurisprudencia como fuente formal del derecho, a partir de la cual se desgaja el análisis particular de esta como fuente con carácter vinculante o persuasivo, claro está, en las categorías, doctrina probable y precedente.

Adicionalmente, se realiza una reflexión del precedente, desde la normatividad nacional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, definiendo sus etapas temporales en la consolidación dentro del sistema jurídico, empezando por un período escéptico, pasando por la creación de una base teórica y finalizando en la época actual, con el afianzamiento de un precedente con carácter vinculante; comparándolo con los precedentes del Derecho norteamericano, inglés y australiano, mostrando sus elementos constitutivos, sumándole las vicisitudes temporales que pueden acontecer y la transposición de esos elementos al sistema interno.

Por último, se realiza un estudio normativo e histórico de la evolución de la doctrina probable desde 1886 hasta la actualidad, de conformidad, con el avance en la producción legal y el estudio de las líneas jurisprudenciales; igualmente, se efectúa un parangón con sus pares del *civil law*, en Francia, México y España, destacando el papel de las Cortes Supremas a través del recurso de casación, como herramienta primigenia para la unificación de criterios jurisprudenciales y la decantación de los errores judiciales, para finalmente deducir las conclusiones del trabajo.

La tesis se organiza en capítulos, iniciando el primero, con el análisis del concepto de Estado de Derecho, Estado Constitucional y Democracia. Expuestas las líneas centrales de éstos conceptos, se presentan los estándares más comunes para que exista Estado democrático de Derecho. En ellos, se destaca la transcendencia del correspondiente a la separación de poderes, concentrando la atención en la rama judicial del poder público, con el fin de fijar las fronteras entre las cuales se desarrolla la jurisprudencia, y las ulteriores categorías para el tratamiento y la existencia del precedente y de la doctrina probable. Entre las características más relevantes se halla la Constitución y el principio de supremacía constitucional. Se acentúa la necesidad de un sistema judicial ágil y eficaz para garantizar los derechos de los ciudadanos, sustentado en un juzgador neutral que motive sus providencias.

En el siguiente apartado, el capítulo segundo, compila y realiza un análisis de las teorías y el concepto de jurisprudencia, el origen etimológico, la procedencia, y las significaciones que dan las diferentes escuelas jurídicas y pensadores del derecho a través de la historia, a manera de fuente de derecho y/o ciencia, desde los postulados de Kelsen, Hart, Parsons, Roscoe Pound, y otros teóricos del derecho.

De las hipótesis anteriores, se toma el concepto de la jurisprudencia como fuente formal del derecho, por consiguiente, independientemente de la tradición jurídica de un Estado basado en estándares democráticos, se infiere zanjando toda duda, a favor de la facultad de los jueces para crear subreglas con el fin de resolver conflictos, imposibles de solucionar con la mera subsunción de los hechos en la norma general y abstracta, siendo necesaria la generación de un derecho propio desde la construcción judicial inserta en la motivación, con una *episteme* guiada bajo los principios y fines constitucionales de la carta política.

El capítulo cuarto, atañe a la motivación de la Sentencia. Se procura superar las interpretaciones absolutistas en las que incurrieron algunos analistas de los revolucionarios franceses cuyo verdadero propósito era el de abolir toda huella del *ancien régime*, y quienes veían en los jueces unos meros instrumentos de la ley, vinculados con las ideologías defensoras de la autoridad y soberanía del monarca. Para tal fin, en el análisis, se enfrenta el principio de la motivación de las sentencias en el Estado Liberal, apoyándose en los postulados de la modernidad, por medio de los cuales la racionalidad del ciudadano reemplaza la arbitrariedad del príncipe o del monarca. Se aboga por la publicidad de la sentencia contra el carácter secreto que prohijan los sistemas autoritarios.

Por último, hay dos capítulos adicionales, el quinto y el sexto, alusivos a la doctrina probable y el precedente de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, destacando las premisas y propósitos de las dos instituciones, aunque abordadas separadamente, pero complementarias ontológica y esencialmente con el objeto principal del trabajo, en la demostración de que la unificación de la jurisprudencia es un medio eficaz para la protección de los fundamentales.

Por ello, en la consecución y en la demostración del objeto, los dos capítulos, permiten inferir que la unificación de la jurisprudencia, forja líneas jurisprudenciales desde la perspectiva de los valores, principios y derechos del Estado Constitucional y facilita: (i) dar coherencia al sistema jurídico; (ii) garantizar el principio de confianza legítima en las decisiones judiciales; (iii) proteger los derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso; (iv) obligar al juzgador a resolver situaciones fácticas homólogas en igual sentido, evitando a su vez, que basados en la discrecionalidad para interpretar la norma los jueces violen derechos constitucionales; (v) compeler a las autoridades administrativas y judiciales, para que en sus actuaciones acaten las doctrinas jurisprudenciales, con el fin de respetar Constitución y la ley. Sin embargo, se defiende la posibilidad para los jueces de apartarse, motivando su decisión con una carga argumentativa poderosa que garantice mejor los fines y derechos constitucionales; (vi) asimismo, defender y cumplir la función de unificación de la casación y de las Cortes por medio de ese recurso, o por las otras

acciones o recursos judiciales atribuidos por ley para resolver conflictos, de modo que las decisiones y las correspondientes líneas jurisprudenciales sean respetadas por quien las profirió y por los jueces funcionalmente inferiores.

En fin, se evidencia la trascendencia de la función nomofiláctica, particularmente, por vía de doctrina probable y del precedente. Todo lo anterior con el objetivo de revelar que, en verdad, la Jurisprudencia es un medio idóneo y efectivo para la protección de los derechos constitucionales.

1. ESTADO, PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. LA JURISPRUDENCIA, EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD JUDICIAL, ELEMENTO DINAMIZADOR DE LA DEMOCRACIA

1.1 ESTADO Y PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS

El Estado es la forma de asociación y de organización política, consistente en la agrupación de personas que habitan en un territorio común (referente geográfico), y forman una nacionalidad por compartir una lengua, una historia, unos valores, unos elementos étnicos y culturales identitarios (idiosincrasia común), y un sistema jurídico (legal y constitucional) común. Además, es una institución dotada de soberanía⁵ en el ámbito nacional e internacional con facultad para autodeterminarse, que tras controlar la violencia interna en su territorio y monopolizar la fuerza física, impone su voluntad y la supremacía en el control de la coerción en su territorio en forma excluyente y permanente, adquiriendo legitimidad, superando los sistemas poliárquicos⁶; y que, por tanto, aunado a todas las variables que lo conforman, desde el punto de vista jurídico, adquiere la naturaleza de sujeto de derecho, estructurándose como la persona jurídica de mayor relevancia en el orden interno y con idéntico reconocimiento en el orden internacional por los demás Estados.

⁵ Soberanía es el superlativo de soberano, es *superanus*, el superior, el que está por encima de los demás, el supremo en cuanto tiene autoridad sobre los otros y no admite poder superior; por consiguiente, se refiere al ejercicio del poder de mando o de autoridad independiente, de control político y de gobierno autónomo, resultado de la pugna de fuerzas al interior del Estado para imponer la supremacía, por ello, la RAE la define como "(...) poder político supremo que corresponde a un Estado independiente" (RAE. *Diccionario esencial de la lengua*. ed. 22. Madrid: Espasa, 2006, p. 1372). Jean Bodino, es de sus primeros teóricos en *Los seis libros de la República*, obra publicada en 1576; Madrid: Tecnos, 1985; introduce el concepto en sentido jurídico y político, primero como idea, y luego como realidad). Junto a Vattel, la hallan como concepto absoluto, por ello los monarcas la utilizaron para justificar su absolutismo. La edad media la identificó con el de príncipe soberano. Marsilio de Padua, ya había propuesto algunas ideas sobre el particular en su obra, *El Defensor Pacis*, de 1324. Maquiavelo en *El príncipe*, abogaba por un gobernante soberano: *El príncipe*, 25 ed., Madrid: Espasa Calpe, 1995, p. 3. Hobbes en el *Leviathan*, la asimila como poder soberano inimaginable; para Rousseau reside en el pueblo, en el cual, cada individuo es soberano y súbdito, de modo que da origen al poder cuando enajena sus derechos en la autoridad, obligándose a obedecerla. En Heller la soberanía se concibe "*despersonificada*" para dejarla a salvo de la arbitrariedad de una persona, mediante el Estado de derecho, al quedar sujeta a la norma. En Max Weber se asemeja con la obediencia impersonal a una competencia objetiva, donde cada gobernante se subordina al orden legal, impersonal, racional, y cada gobernado obedece exclusivamente al derecho.

De tal manera que el concepto se refiere al poder que obtiene la obediencia de todos en forma preferente, gracias a la cual, se impone sobre los otros, los subordina y unifica, de modo que se liga con la fuerza mutada en poder legítimo (no arbitrario), centralizado y burocrático, más que de naturaleza abstracta, de efecto real y concreto, pero que en el marco nacional supera el poder de hecho para someterlo al Estado de Derecho Constitucional; y en el derecho internacional, es soporte del principio de autodeterminación de los pueblos y de la coexistencia pacífica entre sujetos con iguales derechos para prevenir las pretensiones hegemónicas de los Estados poderosos; por ello se entiende con el concepto de independencia y autonomía que le permite adquirir obligaciones internacionales pero al mismo tiempo lo limita para no sustraerse del cumplimiento de las mismas, alegando la prevalencia de su ordenamiento interno.

⁶ Pluralidad de poderes que identificaron al sistema feudal.

En los estudios de la dogmática constitucional tradicional todos esos fenómenos se configuran en la existencia de tres elementos como esenciales para la existencia y vigencia de un Estado: un territorio, una población o nacionalidad y la correspondiente soberanía⁷; por supuesto, acompañados de un aparato administrativo y burocrático, en el cual se destaca el gobierno como instancia para la toma de decisiones a través de personas que ejercen diferentes funciones.

La construcción política, conceptual y jurídica contemporánea⁸ de la institución halla soporte en elementos políticos surgidos desde la denominada de Paz de Westfalia⁹, las revoluciones político burguesas de Francia (1788-1789¹⁰-1794), de Inglaterra¹¹ y de Estados Unidos¹²; de la conjunción de las ideas políticas y filosóficas de Maquiavelo¹³, de las tesis de los iusnaturalistas Jean Jacques Rousseau, Thomas Hobbes, John Locke, Voltaire y el Barón de Montesquieu, entre otros.

Para Max Weber, en términos sociológicos, el Estado es una relación de dominación de hombres que utiliza la violencia legítima, donde los dominados acatan la

⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Ed. Porrúa, 1993. PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. 39 ed. México: Ed. Porrúa, 2005.

⁸ Son variadas las concepciones modernas de Estado: Fascista, absolutista, liberal, de bienestar, neoliberal, socialista, constitucional y social de derecho, etc.; así como plurales las corrientes de pensamiento que lo teorizan: Max Weber, Karl Marx, Friedrich Engels, Vladimir Illich Ulianov Lenin y Mao Tse Tung, incluyendo la reformulación de Antonio Gramsci; las conceptualizaciones teístas, las racionalistas y liberales, la de Eduard Bernstein, la de Heller, la de Charles Maurras, y otras tantas. Una vez, monopoliza la fuerza, adquiere legitimidad, como capacidad política reflejada en el derecho a mandar y las mayorías naturalizan o adquieren convencimiento del deber de obedecer o de aceptar la autoridad vigente, reflejándose en el acatamiento de las normas que impone para el ejercicio del poder en todas las instancias.

⁹ La Paz de Westfalia resulta relevante porque dimana de los tratados de paz celebrados en las ciudades alemanas actuales de Osnabrück y Münster del 15 de mayo y 24 de octubre de 1648, respectivamente, conclusivos de las guerras de los treinta años en Alemania y de los ochenta años entre España y los Países Bajos, con la participación de Fernando III de Habsburgo, emperador del Sacro Imperio Romano-Germánico y de las monarquías y reinos involucrados en las contiendas: Francia, Suecia, las Provincias Unidas y aliados. Esta paz, posibilitó un congreso diplomático que gestó políticamente la materialización y el respeto del concepto de soberanía y al principio de integridad territorial como fundamentos del Estado-Nación moderno, no feudal ni hereditario.

¹⁰ Del 20 al 26 de agosto, la Asamblea Nacional adopta los artículos de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que como lo dice Fioravanti, en ella, "(...) *en contraposición con el pasado del antiguo régimen, existen sólo dos valores político-constitucionales: el individuo y la ley como expresión de la soberanía de la nación* (...)": FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Trad. Manuel Martínez Neira. Valladolid: Trotta, 1996. p. 58. Por ello, el artículo 5 de la Declaración dice: "Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena".

¹¹ La *english civil war* propiamente acaeció entre 1642 y 1689, desde la finalización del reinado de Carlos I de Inglaterra hasta la revolución gloriosa que destituyó a Jacobo II, pero en el camino del Estado constitucional se destacan: la Magna *Charta* de 1215, la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679, el *Bill of Rights* de 1689).

¹² Su cuadro cronológico puede extenderse desde 1765, con la Constitución de 1787, destinada a ser en el año siguiente *Bill of Rights* y el caso *Marbury Vs. Madison*, que crea las premisas para el control constitucional que declara la supremacía constitucional sobre los actos legislativos.

¹³ Cuyas tesis se hallan plasmadas en "*El Príncipe, Bases del pensamiento político moderno, Discursos sobre la primera década de Tito Livio, Del arte de la guerra, La mandrágora*", entre otras.

autoridad de quienes la pretenden tener, para luego puntualizar: es una “(...) asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación y que, a este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de su dirigente y ha expropiado a todos los funcionarios estamentales que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas (...)”¹⁴. El clásico jurista alemán, Hermann Heller, lo define como “unidad de dominación, independiente en lo exterior e interior, que actúa de modo continuo, con medios de poder propios, y claramente delimitado en lo personal y territorial”¹⁵.

Para Karl Marx¹⁶, el Estado no es el imperio de la razón como lo afirmaba Hegel, ni de la racionalidad política, mucho menos el ejercicio del bien común. Es el reino de la fuerza, de los intereses de clase, es el ejercicio del poder por los dominadores, no se propone el bienestar común. Es el ejercicio de la dictadura que se alzó de los escombros de las *gens*¹⁷, íntimamente unido a la lucha de clases. El Estado no es “(...) de ningún modo un poder impuesto desde fuera a la sociedad; tampoco es “la realidad de la idea moral”, ni la imagen y la realidad de la razón, como afirma Hegel. Es más bien un producto de la sociedad cuando llega a un grado de desarrollo económico determinado: es la confesión de que esa sociedad se ha enredado en una irremediable contradicción consigo misma y está dividida por antagonismos irreconciliables, que es impotente para conjurar”¹⁸.

La concepción marxista clásica, caracteriza al Estado como una máquina que agrupa a sus súbditos en divisiones territoriales, instituye una fuerza pública, que ya no es el pueblo, crea los impuestos como contribuciones de los ciudadanos, se ubica por encima de la sociedad y crea leyes de excepción¹⁹. Es un instrumento mediado por la temporalidad, por consiguiente:

“(...) [N]o ha existido eternamente. Ha habido sociedades que se las arreglaron sin él, que no tuvieron la menor noción del Estado ni de su poder. Al llegar a cierta fase del desarrollo económico que estaba ligada necesariamente a la división de la sociedad en clases, esta división hizo del Estado una necesidad. (...) a una fase de desarrollo de la producción en que la existencia de estas clases no sólo deja de ser una necesidad, sino que se convierte en un obstáculo directo para la producción. Las clases desaparecerán de un modo tan inevitable como surgieron en su día. Con la desaparición de las clases desaparecerá inevitablemente el Estado. La sociedad, reorganizando de un modo nuevo la producción sobre la base de una asociación de productores libres e iguales, enviará toda la máquina

¹⁴ WEBER, Max. “La política como vocación”, en su libro *El político y el científico*, Trad. F. Rubio Llorente. 5ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 1979. p. 92.

¹⁵ HELLER, Hermann. “Supuestos históricos del Estado actual”, FCE, p. 142. *La justificación del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 5.

¹⁶ Presenta una ruptura con las demás concepciones de Estado; empero, inicialmente tiene una visión idealista que surge luego de las revoluciones de 1848, y posteriormente forja una instrumentalista, como consecuencia de la Comuna de París de 1871.

¹⁷ MARX, Karl, y ENGELS, Friedrich. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Tomo III. Trad. Editorial el Progreso. Moscú: Editorial Progreso, 1976. p. 343.

¹⁸ *Ibidem*, p. 344.

¹⁹ *Ibidem*, p. 346.

del Estado al lugar que entonces le ha de corresponder: al museo de antigüedades, junto a la rueca y al hacha de bronce²⁰.

Si se le califica como Estado de derecho, *État de droit* (francés), la *Rechtsstaat* (expresión alemana), o el *rule of law* (denominación en inglés), significa el organismo político regulado por un conjunto normativo que rige su funcionamiento, somete y limita el ejercicio del poder a la ley y a la Constitución, expresada ésta, como voluntad general y abstracta para impedir la arbitrariedad y el absolutismo de los gobernantes. Se trata entonces, del Estado regido por los principios de legalidad, de libertad y de igualdad formal²¹ ante la ley, de todas las personas sin distinción alguna y que aboga por la separación de poderes para evitar la extralimitación y la arbitrariedad. Es la forma de Estado que supera, los regímenes personalistas, los sistemas absolutistas del despotismo ilustrado y arbitrario para construir, por oposición, un sistema bajo el régimen de derecho y del control político.

El Estado de derecho surgido en las entrañas del iusnaturalismo con fundamento en las tesis de Kant, Hobbes, Rousseau, Locke, Montesquieu, entre otros, de contenido democrático, procura ir más allá del Estado meramente formal al Estado material de derecho.

Es la inversión de poder personalista y arbitrario y la superación de la irracionalidad, la eliminación de la arbitrariedad, el tránsito del *“no más rex facit legem, sino lex facit regem”*²², o en términos menos confusos y abstractos, del *rex fons regem*, al *lex fons regem*, de modo que ya no son el rey, el esclavista, el señor feudal, el cacique o el príncipe, la fuente de la ley y del régimen, sino la ley y la Constitución, el origen del ejercicio del poder.

Es la superación de la fuerza para someterla a la ley, el paso del gobierno de los hombres déspotas o de la barbarie, al imperio de la Constitución. No se trata de la transición a la anarquía, sino al poder reglado y democrático, el cual demanda la existencia de una autoridad sometida a la ley. En palabras de Kelsen, se trata de una sociedad organizada políticamente, de modo que *“(...) ya sean las normas jurídicas creadas autocráticamente o las surgidas por vía democrática las que determinan el uso del poder, el Estado será siempre “autoritario”, porque en todo Estado ha de haber una autoridad; y será al propio tiempo, Estado de derecho, porque es el orden jurídico el que determina el titular de la autoridad y la forma de ejercerla; quien debe mandar y quien debe obedecer”*²³.

Por supuesto, en un auténtico Estado de derecho, aceptar las normas impuestas autocráticamente, y no por la vía democrática, desde la postura ambivalente del

²⁰ Ibídem, p. 347-348.

²¹ Porque bajo la existencia de leyes generales, abstractas e impersonales, pueden esconderse infracciones reales, discriminaciones, inequidades, resultando compatible en la práctica con amplias violaciones a los derechos humanos y evidentes injusticias, por ejemplo, en tributos, en discriminaciones a minorías o a personas que requieren protección reforzada.

²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Ed. Trotta, 1997. p. 21.

²³ KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado* Trad. Legaz y Lecambra. México: Ed. Nacional, 1979. p. 142.

autor de la Teoría Pura del Derecho, hoy implica un enorme retroceso en la conquista del ejercicio del poder por parte de las mayorías, verdaderos depositarios del poder político y de la soberanía, porque significa hallar legitimidad, siguiendo a Kelsen, en la producción legislativa de un dictador.

Empero, un Estado legislativo o de derecho, se caracteriza porque se cimenta en reglas, procesos e instituciones. "(...) *Las primeras entendidas como el conjunto de disposiciones expedidas por el poder legislativo; en procesos, vistos como las reglas preestablecidas o instrumentos para satisfacer necesidades, y como instituciones porque deben existir organismos transparentes y fiscalizables por los ciudadanos*"²⁴.

Pero si al Estado de Derecho lo calificamos como Estado "*constitucional*" significa que la forma de organización política para su funcionamiento se rige esencialmente por la Constitución fundada en principios democráticos, valores y derechos fundamentales en ella insertos.

Sin embargo, la referencia a las normas jurídicas, es desde la perspectiva más genuina y humanista, con el hondo sentido de carácter ético y político, impreso por Justiniano: "*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*"²⁵, es decir, "*los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, no causar daño a otro, y dar a cada uno lo suyo*".

En este contexto, el Estado es democrático cuando el ejercicio del poder surge desde la base, porque supone que la fuente del poder es el pueblo, quien lo ejerce a través de elecciones libres, periódicas y plurales para elegir, sus representantes o desde las diferentes estrategias para revocar u otorgar mandatos, participar en la vida democrática como los plebiscitos, las consultas populares, los referéndums, los cabildos, etc., en ese sentido:

"La idea de Estado de derecho exige que las decisiones colectivamente vinculantes del poder estatal organizado a que el derecho ha de recurrir para el cumplimiento de sus propias funciones, no sólo se revistan de la forma de derecho, sino que a su vez se legitimen ateniéndose al derecho legítimamente establecido. (...) Y en el nivel postradicional de justificación, sólo puede tenerse por legítimo el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes"²⁶.

1.2 LOS ESTÁNDARES DEMOCRÁTICOS

²⁴ SHIHATA, Ibrahim. "*Legal Framework for Development. The Role of the WB in Legal and Judicial Reform*". DAKOLIAS, Maria, Editora, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*. World Bank Technical Paper. n° 319. Washington, 1996. p. 13.

²⁵ INSTITUTIONUM D. IUSTINIANI. Liber primus. *De la instituta del señor Justiniano*, Tit. I, 3. De iustitia et iure, p. 5. Tomado del Cuerpo del Derecho Civil Romano, primera parte Instituta-Digesto, Trad. D. Ildefonso L. García Del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, Editor, 1889.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1996. p. 202.

Las formas democráticas procuran garantizar el ejercicio de los derechos individuales y colectivos permitiendo que el constituyente primario los ejerza y participe en la construcción del poder.

En alcance de sus cometidos y finalidades supremas, para la materialización de la democracia, el Estado requiere necesariamente de organismos, instancias o ramas del poder público que distributiva y coordinadamente ejerzan el poder y las diferentes funciones.

En esta perspectiva, la democracia es el faro y la fuente angular del Estado contemporáneo, es la base de la convivencia y de la tolerancia, y por lo tanto, determina las formas de impartir justicia. Una democracia, no es propiamente la expresión de la voluntad de las mayorías, con el consecuente respeto de la voluntad de las minorías, sino la forma de gobierno que demanda la existencia y vigencia de unos criterios o pautas mínimas para la legitimación del Estado contemporáneo como Constitucional y social de Derecho.

Ahora bien, como la categoría democrática, muchas veces se utiliza para recubrir inclusive formas gubernamentales autocráticas o autoritarias, tornando eufemístico el concepto y por tanto, deslegitimando su auténtico contenido y sentido, es necesario señalar los verdaderos elementos reales que nos permiten identificar una democracia.

Por consiguiente, es un Estado democrático el que cumple unos estándares mínimos, a saber:

1. Ostenta una Carta, Convención o Constitución democrática, cuyos elementos esenciales se integran por los principios, valores y derechos; compuesta arquitectónicamente de una parte dogmática, y de una orgánica con aplicación directa en la dinámica diaria. A la par, significa la existencia de un sistema normativo equitativo y justo que, junto con la Constitución, limiten el ejercicio del poder por parte del gobierno. Es un sistema cuya base esencial es la Constitución, si se le mira desde la base; o si se le observa desde lo alto, en su cúspide debe hallarse la Constitución, y por lo tanto, requiere la observancia del principio esencial de la Supremacía Constitucional.

2. Consigna la soberanía popular que rebasa las formas de soberanía nacional, del mismo modo las representativas que reflejan un poder de élites. El pueblo es el sujeto principal quien ejerce el poder constituyente, mientras que las asambleas de diputados, los congresos o los legisladores ejercen el poder constituido. De modo que el pueblo despliega la soberanía, y es quien proyecta la legitimación del poder, tanto para su origen, como para su ejercicio, haciendo necesaria la expedición y existencia de mecanismos de participación democrática para el ejercicio del poder. Soberanía significa que el Estado se edifica como sujeto de derecho, el más importante en el ámbito nacional y en el internacional con la facultad de autogobernarse y de dictar sus propias normas; con capacidad para dictar mandatos obligatorios para toda la nación, en todo el territorio y para todos sus habitantes, de

tal manera que la obligatoriedad del derecho emana del propio Estado, pero anclado en el pueblo, como titular de un poder decisorio irrenunciable.

3. Plasma un sistema de elecciones libres, plurales y periódicas junto con un sistema fortalecido de mecanismos de participación democrática. Consigna el sufragio universal, gracias al cual los partidos políticos pueden y deben fortalecerse con programas serios, democráticos y realistas, así como los demás mecanismos de participación política, como medio para desarraigar las formas personalistas y caudillistas o el surgimiento de dictadores; así mismo, incrementa los mecanismos de participación de los habitantes, y en general del pueblo, de sus mayorías o minorías, por medio de plebiscitos, referéndums, consultas políticas y populares a todos los niveles, cabildos abiertos, etc.

4. Consagra la separación, no la división de poderes, con un sistema de control de frenos y contrapesos, *checks and balances*, para impedir la nociva concentración de poder, para evitar el despotismo y la arbitrariedad que apareja el ejercicio del poder en una sola persona o ente. En un sistema democrático necesariamente deben imponerse limitaciones y controles al ejercicio del poder entre los diversos organismos, no solamente en forma endógena al interior de cada rama, sino también en forma exógena, diferenciando el legislativo, cuya función principal y monopolística es crear la ley en forma abstracta y pura, por ello se expresa mediante actos legislativos y leyes. El judicial, cuya función es resolver casos concretos mediante providencias judiciales ejerciendo en forma dinámica una creación concreta de derecho. Esta atribución, por regla general, es abstracta para el juez constitucional o, concreta propiamente por los otros dispensadores, mediante procesos de adecuación típica de las premisas abstractas de la ley, actuando la rama judicial, más que como una especie de legislador suplente ante la tarea inacabada de los congresos o cámaras legislativas. En su tarea de subsunción normativa a los hechos, da vida efectiva a una producción legislativa concreta.

Claro, democráticamente este estándar se refiere a la tarea obligatoria de colaboración en el ejercicio del poder, pero esencialmente de control recíproco para impedir la concentración del poder en una sola de las ramas.

5. Procura y se compromete con la vigencia de los derechos fundamentales o humanos, como base y mínimo ético, político y jurídico irrenunciable que, inclusive, no pueden ser limitados, restringidos, o suspendidos en situaciones de excepción, estados de sitio, emergencias de estirpe constitucional, política o económica; y, por tanto, construye una carta de derechos con libertades públicas, que tiene como fundamento la dignidad humana de cada persona.

6. Edifica una Constitución Económica que procura la solidaridad, el desarrollo económico y social, y el bienestar con acceso para todos los ciudadanos al buen vivir y a las riquezas materiales

7. Apuesta por un orden ecológico global, significando que transitamos de un Estado y de una sociedad fincada en el antropocentrismo puro a un sistema ecocéntrico-antrópico que busca un orden público ecológico nacional y mundial, para impedir la

destrucción de la humanidad, de la tierra, del ecosistema y de la vida de las generaciones futuras.

8. Cuenta con instrumentos eficaces de protección de los derechos de los sujetos jurídicos y esencialmente, los de la persona humana, plasmando un sistema de justicia ágil y eficaz con acceso universal. Empodera, la tutela judicial efectiva, para que permita realmente reclamar la protección de los derechos subjetivos de todas las personas, contexto dentro del cual, los derechos fundamentales tienen un papel rogativo.

9. Consigna un sistema de responsabilidad política, penal, administrativa, disciplinaria, fiscal y patrimonial de todas las autoridades públicas, con rigor en todos los ámbitos, y sin fueros, cuando infrinjan la Constitución, la ley, los reglamentos o el ordenamiento público internacional. Todas las autoridades deben ser responsables ante los jueces nacionales de sus respectivos países o ante los internacionales, cuando los primeros, sean ineptos para perseguir el crimen, la corrupción o la vulneración de los derechos. Ello apareja un sistema de rendición de cuentas a los gobernados y, en general a toda la ciudadanía, para responder por sus funciones, atribuciones o de los roles que están desempeñando.

10. Goza de una fuerte veeduría ciudadana nacional e internacional, así como de una decidida exposición a los medios de comunicación. Estos, vehiculados por un control racional que implemente la autorregulación pero que impida la mordaza o la censura a la prensa o al periodismo investigativo.

En la cuestión, resulta vital la participación de la sociedad civil y de la ciudadanía y del periodismo investigativo como realidades vivientes de la democracia participativa, indispensables hoy, para la construcción de una sociedad justa. Esta es una forma de democracia que se halla consignada en las Cartas contemporáneas que, por tanto, imponen al Estado la obligación de reducir las brechas entre las personas y las autoridades.

Lo tocante con las tareas de los controles políticos y constitucionales es un derecho ciudadano, es tema totalmente público y democrático que, al no estar expresamente amparado por reserva constitucional o legal, y que de ningún modo pueden estarlo, se torna en atribución de la sociedad civil, ciudadanía y a grupos de presión a fin de ejercer veeduría.

La estirpe del Estado Constitucional, autoriza a quienes no participan en el ejercicio del poder para intervenir en forma activa en las quejas, reclamos, acciones e instrumentos de construcción y control de un Estado transparente, participativo y justo.

La sociedad civil²⁷ es un estado de civilidad que engloba las relaciones entre los ciudadanos y las autoridades en el ejercicio de prerrogativas o derechos subjetivos

²⁷ «Sociedad civil» deviene con Gramsci [como] «el conjunto de relaciones ideológico-culturales», de «la vida espiritual e intelectual» orientada a buscar el consenso, la «hegemonía» y con ella el

individuales y públicos; es una esfera de relaciones sociales que no están reguladas por el Estado ni por partidos o grupos políticos, pero que están mediados por la funcionalidad y por los intereses públicos, antes que por la jerarquía, que mezcla e incluye redes de protección legal, asociaciones no gubernamentales independientes, los grupos informales etc., todos los cuales tienen derecho a conocer de la actividad pública y participar activamente en el marco de la libertad en el Estado de Derecho, incluyendo a la opinión pública, como ejercicio de la racionalidad por particulares frente a la actividad política.

Ese derecho es también de la ciudadanía o de los ciudadanos, quienes como obligados ante la ley, también tienen derechos civiles, políticos (ejemplo, el derecho al sufragio y al ejercicio de los mecanismos de participación política) y derechos económicos; de consiguiente, por virtud de su capacidad legal y política por pertenecer a un Estado, tienen interés directo para ser oídos y sus peticiones a ser respondidas al estar ligados con la nacionalidad, con la soberanía y con la configuración del Estado. Hoy no es el ciudadano ligado a una ciudad, como en sus orígenes, sino el de un país, que como categoría está regulada por el Estado, porque ya no es un privilegio por derechos de nacimiento o propiedad como en el Medioevo europeo, sino un integrante activo, no pasivo, de la democracia. Por ello, también es una ciudadanía universal, porque los ciudadanos de todos países forman parte de la ciudadanía global.

En síntesis, si no se da participación a la sociedad civil o a la ciudadanía²⁸ se deslegitima el poder del Estado, porque en los sistemas democráticos la legitimidad de las autoridades se fundamenta en la existencia de una ciudadanía inclusiva y en el derecho efectivo de la sociedad civil para organizarse y participar en el control y crítica del poder como formas de recrear los espacios democráticos ante las amenazas contra las formas democráticas. En las democracias débiles se cree hoy que únicamente los partidos y el Estado son los únicos y exclusivos sujetos de la política estatal.

11. Posee un cuerpo de jueces imparciales, independientes y totalmente transparentes, porque no puede existir democracia sin jueces.

1.3 JUECES, DEMOCRACIA Y JURISPRUDENCIA

Según lo expuesto, dentro de los estándares mínimos, el Estado constitucional reclama como uno de sus componentes esenciales, la división de poderes, en cuya estructura tienen relevancia los jueces.

Superada la fase del Estado absolutista en el cual monopolizó el ejercicio del poder una sola persona; desde la aparición del Estado nacional se han desarrollado y

cambio político deseado a través de la construcción de un nuevo «bloque histórico»: ATTILI CARDAMONE, Antonella. *Ciudadanía, sociedad civil y la redefinición de los espacios públicos*. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. México: octubre-diciembre, 2004, nro. 126. p. 140.

²⁸ La ciudadanía es un concepto antiguo con antecedentes claros en los derechos griego y romano, pero hoy es redefinido en la obra de Marshall y Bottomore (1998); en J. Habermas, R. Dahrendorf, D. Zolo, al analizar democracia, derechos sociales e identidad colectiva.

especializado al interior del mismo, las funciones legislativas, la ejecutiva o administrativa y la jurisdiccional. Por regla general, la actividad legisladora se materializa expidiendo leyes y actos legislativos, la ejecutiva o administrativa actos administrativos y, la judicial desarrolla su tarea por medio de providencias, tal cual, antes se expuso.

La actividad judicial contemporánea queda mediada por el tránsito del Estado legislativo al Estado Constitucional y Social de Derecho, transformándose los jueces en una rama del poder público protagónica en la construcción y afianzamiento de la democracia, necesariamente estructurada a partir del constitucionalismo contemporáneo. Esta perspectiva neoconstitucionalista supone cuatro elementos centrales: 1. Defensa de una jurisdicción constitucional, especializada o bien difusa en toda la estructura judicial de este poder público. 2. Control convencional (sistemas jurídicos continentales aprobados por los países que integran un continente determinado), constitucional y legal que permita a los jueces la exclusión de injusticias, intolerancias, de normas y actuaciones incompatibles con el ordenamiento jurídico y especialmente con las Cartas constitucionales. 3. Fortalecimientos de sistemas de unificación jurisprudencial por medio de la doctrina del precedente o de las doctrinas probables para aquilatar los Estados de Derecho y como faros o guías de la labor interpretativa de la Constitución; y 4. La aceptación de que los sistemas jurídicos también están compuestos por principios y valores constitucionales y democráticos, como elementos determinantes y armonizadores de los contenidos normativos.

La administración de justicia es una función institucional básica para el control del poder, pero también, elemento central para la vigencia de la democracia constitucional para la protección de los derechos, valores y principios, cuando aplica la ley a los casos concretos en su función de impartir justicia; de tal manera, que para su ejercicio se le han otorgado a los jueces y a los tribunales facultades para controlar la constitucionalidad de los actos legislativos, de las leyes, de los actos administrativos y demás resoluciones de las autoridades públicas, y del mismo modo, competencia para resolver conflictos de todo orden en forma justa y democrática.

En este contexto, la defensa de la democracia y la posibilidad de existencia del propio Estado, se condiciona hoy, más que nunca, a fuerza de que existan jueces autónomos, imparciales e independientes dotados de unos mecanismos y acciones que permitan la tutela judicial efectiva que salvaguarden el derecho fundamental de acceso a la justicia para la pronta y eficaz defensa y protección de los principios, valores y derechos que constituyen la médula y sustancia del Estado Constitucional y Social de Derecho, dentro del marco del imperio de la constitución y de la ley.

En esa medida, los jueces deben adoptar un rol neutral y juzgar objetivamente el conflicto puesto a su consideración, decidiéndolo no arbitraria ni caprichosamente, sino motivadamente, sometidos a la Constitución, garantizando los principios, los valores y los derechos que inspiran el régimen democrático. Deben ser independientes, apolíticos desde el punto de vista partidista, e imparciales porque es función primordial resolver conflictos entre partes iguales o dirimir las situaciones

jurídicas de seres humanos en forma justa y correcta, otorgando protección reforzada a quienes materialmente se hallan en plano de desigualdad.

En consecuencia, la independencia judicial y su autonomía, halla su fundamento en el Estado democrático, en el principio de la separación de poderes. Por consiguiente, no habrá independencia, si los jueces son apenas un apéndice de un monarca, de un gobernante o del ejecutivo de turno. Históricamente lo previeron la revolución francesa y el proceso independentista norteamericano, sometiendo la actividad judicial, únicamente, al imperio de la ley, hoy al de la Constitución y la ley, rechazando toda intromisión omnímoda o arbitraria de la autoridad del monarca o del ejecutivo o del cúmulo de fuerzas económicas o políticas, legales o ilegales que, en la dinámica diaria, pugnan por hallar espacio en el poder.

Ahora, el juez con el cumplimiento de sus tareas constitucionales cuando administra justicia cumple una función democrática, y al mismo tiempo, dinamiza con su jurisprudencia vertida en las sentencias la interpretación y vigencia diaria de la democracia, y cada uno de los estándares mínimos que la afianzan.

Así, por ejemplo, cuando juzga la constitucionalidad de una ley, o resuelve un caso concreto en cada una de las especialidades: constitucional, civil, comercial, penal, laboral, ambiental, económica, agraria, contencioso-administrativa, militar, étnica y racial, internacional o nacional, tiene como tarea materializar la Constitución y la ley en cada caso y proteger los estándares mínimos de la democracia para la vigencia de los derechos. Sus decisiones, se constituyen en fuente obligatoria o persuasiva para casos futuros en el apalancamiento de la democracia para los casos subsiguientes. De tal modo, que la jurisprudencia no solamente es el resultado concreto para resolver un conflicto sino el arsenal que día a día vivifica y dinamiza la interpretación de los elementos que conforman los estándares mínimos de la democracia, cuando cada juez, por medio de la sentencia, decide una acción o una demanda contra una norma de la propia Constitución, del bloque de constitucionalidad o de una ley, cuando resuelve un asunto de derecho económico, por ejemplo, en materia de intereses en el mercado bursátil, o una controversia sobre el impuesto a la renta o a la riqueza, cuando juzga un delito político o económico, o cuando condena por una agresión a la vida, o resuelve un litigio del trabajo o de la familia, etc.

1.4 LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA, ¿ESENCIA DE LA DEMOCRACIA?

En el ejercicio de la función de juzgar, los jueces deben motivar las sentencias ajustados al ordenamiento jurídico, y en esa tarea resulta esencial desplegar el valor normativo de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos, el cual se refleja y traduce en tres elementos:

1. La supremacía de la Constitución, en cuanto este estatuto se ubica por encima del ordenamiento jurídico y permea toda la dinámica diaria.

2. La interpretación y hermenéutica Constitucional, cuya doctrina, se impone como criterio para entender y aplicar el ordenamiento, escogiendo la exégesis más acorde

con los dogmas constitucionales presentes en los principios, valores y derechos, caso en el cual, podrá aplicar, inclusive, la excepción de inconstitucionalidad y,

3. La aplicación directa de la Constitución. De esa manera el derecho será un efectivo instrumento de transformación social.

Dentro de la actividad judicial diaria de los jueces, cuando aplican el ordenamiento jurídico a la solución de casos, se engendra dentro del proceso de subsunción de los hechos en las reglas jurídicas, la producción de la doctrina jurisprudencial. De consiguiente, el ejercicio de la actividad judicial materializado en la constante producción de sentencias es, al mismo tiempo, nervio de la función y de estándares democráticos, transformándose de la misma manera, en fuente inagotable del derecho.

La sentencia judicial es entonces, la manifestación de la voluntad del Estado a través de los jueces y tribunales en su función democrática de administrar justicia, por cuanto resuelven por fuera de los cauces de la violencia y de la intolerancia los asuntos puestos a consideración de la judicatura, enfrentando desde la razón y la constitución los conflictos individuales y sociales.

Esa solución se imparte esencialmente, por medio de la providencia judicial, la cual debe estar suficientemente motivada y argumentada, exponiendo las razones por las cuales se dicta determinada resolución judicial. Ello significa que el poder se somete a la razón y a la objetividad, no a la arbitrariedad, sino a fuerza vinculante de la Constitución, de los tratados internacionales, de la ley nacional y los estándares mínimos de la democracia.

Debe tenerse en cuenta, de acuerdo a las experiencias políticas actuales que los jueces, en el desarrollo de su quehacer, son los únicos que eficazmente recepcionan las quejas, las denuncias, las demandas y los desagravios de los ciudadanos en forma creciente en pos de buscar un remedio jurisdiccional por medio de la tutela judicial efectiva, motivo por el cual, han de vehicular todas sus decisiones desarrollando la motivación de sus fallos bajo la órbita de los criterios principales: protección de los derechos, los principios y los valores constitucionales.

Por esta razón, los jueces encarnan el rol de garantes de los principios, valores y derechos fundamentales del Estado Constitucional y Social de Derecho, pero al paso que resuelven controversias concretas en cada caso, por virtud del control legal, constitucional y convencional que deben ejercer por medio de sus sentencias, despliegan una tarea de control de la actividad de los otros órganos de poder, limitándolos a los hitos legales y constitucionales en el ejercicio de sus atribuciones, como remedio al ejercicio arbitrario del poder.

De tal manera que la jurisprudencia como producto de la actividad jurisdiccional de los jueces en las sentencias es una fuente formal viva y dinámica porque desarrolla una perpetua dialéctica entre las disposiciones legales y constitucionales vigentes con la realidad que juzgan y que les llega comprimida en los casos diarios materia de solución. De esta forma, no solamente ejercen una función democrática, sino que

además contribuyen con la actualización del conjunto normativo y a la constante reinterpretación de los mínimos democráticos, para hacer del Estado constitucional una democracia viva y actualizada a las necesidades de cada momento.

En síntesis, la motivación de la sentencia es un elemento central en la actividad de la rama judicial en el Estado Constitucional y Social de Derecho; además, es una respuesta de la racionalidad política y de la forma como puede ejercerse el poder y las fronteras dentro de las cuales puede actuar la autoridad, del mismo modo, la ciudadanía y, en general, los habitantes de un Estado saben cómo se deciden sus conflictos y los motivos para adjudicarse derechos, para negar una pretensión o para condenar a los infractores de la ley del Estado, así como las razones para controvertir en instancias superiores los errores que la decisión contenga²⁹, aserto que explica el porqué “(...) *la falta de una motivación pertinente constituye una violación del derecho fundamental al debido proceso del actor*”³⁰.

1.6 CONCLUSIÓN

La jurisprudencia, poco a poco, tras aplicar la ley a los casos concretos va formando subreglas, material de primera importancia para la orientación de todas las ramas del poder público, para todas las autoridades y servidores del Estado y para la ciudadanía en general.

Asimismo, va supliendo las lagunas y los vacíos o las deficiencias del orden jurídico y material, a medida que decide las infinitas y múltiples causas jurídicas porque la realidad y las necesidades se transforman constantemente, evolucionan más ágilmente y de la misma manera, a medida que se avanza, también cambia el tipo de asuntos o conflictos a resolver. Frente a ellos, en el proceso de subsunción normativa -como las normas van detrás de los acontecimientos y, únicamente, formulan reglas abstractas-, debe adoptar el juez soluciones creativas para los nuevos sucesos, actualizando continuamente y reinterpretando novelmente el Derecho y los principios democráticos, por medio de la jurisprudencia vertida en las nuevas decisiones.

Las pautas interpretativas plasmadas en las sentencias, sirven de guía para los casos ulteriores y para los demás jueces en su quehacer diario, porque permiten ser aplicadas en los asuntos semejantes; también se erigen y constituyen en faro para el devenir en la tarea jurídica de aplicar justicia a las situaciones concretas en la solución de problemas jurídicos similares ora como precedente, o ya, como una doctrina probable decantada.

²⁹ Por ello con razón afirma, la Corte Constitucional colombiana, que una decisión “(...) *sin motivación, [que] implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional*”. COLOMBIA, Corte Constitucional Sentencia T-107/09.

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-107. Expediente T-2013122. (20, febrero, 2009). M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez [en línea]. Bogotá, D.C.: 2009. [Consultado: 1 de noviembre de 2018]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-107-09.htm>

Así, en la labor de creación jurisprudencial, simultáneamente, se cumple la tarea de garantizar seguridad jurídica y confianza legítima, cuando se aplican criterios de unificación jurisprudencial, o reiteración. Pero también es el medio para imprimir un sistema dialógico entre la ley y la realidad, entre los casos ya decididos y aquellos por resolver, entre una subregla jurisprudencial vigente y un nuevo hecho que reclama la reiteración o la modificación de la propia subregla, compelida por las transformaciones y las necesidades históricas. En este aspecto, corresponde a los jueces ser sensibles con las nuevas demandas de los justiciables y de las comunidades de que forman parte.

Ahora bien, el juez democrático en su función de constructor de la jurisprudencia y como árbitro de la solución judicial, en gran parte de los casos, no puede adoptar una posición meramente interpretativa de los preceptos oscuros, o simplemente repetir equívocamente una subregla o un criterio, que muchas veces no responde a los principios de verdad, justicia o reparación que demanda la nueva realidad histórica. Ante el silencio del legislador, cuando la necesidad lo demande, debe tomar el camino para desarrollar una jurisprudencia integradora, o debe crear una nueva subregla frente a las lagunas o vacíos legales, pero dentro del marco de los principios, valores y derechos constitucionales.

En el punto, es necesario concluir con Alexi, que el poder de la decisión judicial y del carácter de precedente que pueda difuminar para casos ulteriores, no proviene propiamente de la obligatoriedad que le otorgue el ordenamiento, sino del valor argumentativo de la propia decisión. Por ello, con maestría ha señalado este pensador:

“(…) Los precedentes no son necesariamente obligatorios. Incluso, si hay leyes promulgadas por el Congreso contrarias al ordenamiento jurídico –así sea un reducido número, es posible que suceda–, tienen el poder obligatorio más fuerte dentro del sistema de fuentes del Derecho en un ordenamiento determinado. El carácter autoritativo de los precedentes deviene solo de su poder argumentativo, por lo que, si se tienen mejores argumentos, se podría sustentar que no se sigue un precedente concreto. El nivel vinculante más débil lo tienen los criterios sentados por la ciencia jurídica. Si bien la mayoría de especialistas en un área disciplinar determinada desempeñan ciertas funciones en la argumentación jurídica, estamos menos vinculados a esa mayoría científica que a los precedentes y, sobre todo, a las leyes. En los ordenamientos jurídicos, es necesario un sistema de poderes vinculantes con razones autoritativas en distintos niveles”³¹.

Igualmente, expone cuáles son las funciones del precedente en los sistemas jurídicos:

“La coherencia en la formulación y el acatamiento de los precedentes se fundamenta en una exigencia de justicia. Los precedentes desempeñan importantes funciones en los sistemas jurídicos: contribuyen a la seguridad

³¹ Declaraciones, con ocasión de su reciente visita al país, para recibir un homenaje en la Universidad Libre de Bogotá, D.C., y para participar en el *XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Ámbito Jurídico entrevistó, en exclusiva, al profesor alemán Robert Alexy, Ed. 11 de octubre de 2017.

jurídica, al respeto de la igualdad y protegen la confianza ciudadana en la aplicación del Derecho. Por esta razón, quien quiera apartarse de un precedente vinculante, en principio, frente al caso bajo examen asume la carga de la argumentación”³².

Así, al colmar lagunas o al llenar los vacíos legales, los jueces se convierten en auténticos creadores de derecho, porque están resolviendo casos no previstos por el legislador, generando normas jurídicas particulares, al margen de la función otorgada por la ciudadanía a los legisladores por vía del sufragio.

En esta última hipótesis el juez responde a la solución de un problema, fincado en su conocimiento jurídico, en su experiencia, personal, científica y profesional. No se trata del ejercicio arbitrario del poder, sino que su legitimidad democrática para crear una disposición para un caso *interpartes*, deviene de la propia Constitución y, en consecuencia, la solución que ahora dispense está autorizada por la Constitución, pero, al mismo tiempo, no puede rebasar sus fronteras.

Esto se explica porqué es imposible que un ordenamiento pueda prever regla para resolver todos los casos concretos. De tal modo, que así no exista precepto específico para resolverlos, el juez, jamás puede sustraerse de juzgar, so pretexto del silencio de la ley o de la Constitución.

En este horizonte, el juez, como parte del sistema político y jurídico, cumple una función democrática consecencialmente, y en forma indirecta el mandato impuesto por el constituyente primario, por cuanto el derivado, no previó la solución del asunto o la controversia que ahora debe enfrentar.

³² *Ibíd.*

2. LA JURISPRUDENCIA DESDE LA TEORÍA Y LA HISTORIA DEL DERECHO

2.1 CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA

Este capítulo expone el concepto general de jurisprudencia, las principales formas que puede revestir y su evolución jurídica, destacando su connotación en los diversos sistemas jurídicos y en los diferentes periodos históricos, y haciendo alusión a algunas de las principales teorías que la abordan.

Al no ser una categoría unívoca, sino polisémica, puede ser vista como una ciencia, como una fuente formal del derecho, como la expresión de una norma jurídica de contenido particular o, simplemente, como una modalidad de la teoría jurídica.

La palabra jurisprudencia se deriva del latín *iuris prudentia* que significa prudencia, sabiduría, vocablo procedente del griego *phrónesis*, como valoración y conocimiento de lo justo e injusto para practicar el primero y evitar el segundo. La Real Academia Española, presenta tres acepciones de la palabra “jurisprudencia” (Del lat. *iuris prudentia*): “1. f. Ciencia del derecho. 2. f. Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen. 3. f. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordantes”³³.

Guillermo Cabanellas la define como: “La ciencia del derecho (...) la interpretación de la ley hecha por los jueces (...) Conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro de los textos positivos o en otras fuentes del Derecho. II La interpretación reiterada que el Tribunal Supremo de una nación establece en los asuntos de que conoce. II La práctica judicial constante”³⁴.

Se trata, entonces, de un concepto con variadas significaciones que va desde la noción de ciencia del derecho a la de fuente formal, y en este último caso, es entendido como el conjunto de decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales sobre un tema determinado aplicado a un caso concreto, la facultad de administrar justicia de que están revestidos políticamente los jueces.

Su trascendencia en la construcción de Estado democrático es fundamental porque mediante la interpretación uniforme del derecho, pueden alcanzarse importantes objetivos del Estado contemporáneo en la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos, especialmente, la seguridad jurídica y confianza legítima, evitando cualquier violación a las garantías fundamentales de las personas.

El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991, señala que “Los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios

³³ RAE. *Diccionario esencial de la lengua española*. 22 ed. Madrid: Espasa Calpe, 2006, p. 862.

³⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. J-O, Tomo V. 18 ed. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1981. p, 55. El sentido del concepto, semánticamente se va transformando, sucesivamente desde la virtud, *areté* o *phrónesis*; con posterioridad se denomina *iurisprudencia*, referida a la actuación del sabio y prudente; luego a la forma de interpretar la ley, y finalmente, hoy, es vista como fuente formal al derecho decisonal de los jueces.

auxiliares de la actividad judicial", de modo que cataloga a la jurisprudencia no como fuente del derecho, sino como un criterio auxiliar para su aplicación, como instrumento eficaz para llenar vacíos legislativos en el proceso de subsunción de la Constitución y de la ley, en los casos concretos.

2.2 LOS ORÍGENES. LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO ROMANO. LOS JURISCONSULTOS

Históricamente, no existe un concepto uniforme, empero, si aparece en las primeras racionalizaciones con una serie de enfoques filosóficos, morales y jurídicos, añadiéndose, con el ulterior desarrollo, el criterio de naturaleza científica. La mayoría de los autores que procuran definir el concepto acuden al pensamiento de Justiniano, impreso en *Las Institutas*. En efecto, el emperador, con ayuda de los sabios juristas³⁵ de la época la definió como "(...) *est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniustique scientia*"³⁶, cuyo significado "es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo e injusto".

Precisamente, ubicados en el Derecho Romano, la fuente histórica más genuina de la disciplina jurídica, dada la importancia y el protagonismo que sus instituciones y sus exponentes más representativos, cifraron en el derecho como medio para hacer cultura y nacionalidad, pero, ante todo, como mecanismo para regular las relaciones jurídicas, políticas y económicas de los hombres en sociedad, encontraron en la jurisprudencia el medio para dar estabilidad a su desarrollo sociohistórico. Precisamente, en Roma "(...) *la palabra Jurisprudencia fue utilizada para indicar el trabajo de los científicos del derecho, los Iurisprudentes (Jurisconsultos) eran quienes efectuaban el trabajo de interpretación de las normas jurídicas y en general aquellos que se dedicaban a la ciencia del derecho (...)*"³⁷.

De modo que las primeras conceptualizaciones apuntalan la jurisprudencia como la ciencia de lo justo o injusto, el arte de lo bueno y de lo equitativo, la prudencia como la virtud³⁸ y la sabiduría; razón por la cual, Justiniano y sus intérpretes, la

³⁵ Teófilo, Doroteo y Triboniano, connotados maestros y redactores jurídicos de la época romana.

³⁶ INSTITUTIONUM D. IUSTINIANI. *Liber primus. De la instituta del señor Justiniano*, Tit. I, 1. *De Iustitia et iure*, p. 5. Tomado del *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, primera parte Instituta-Digesto, traducido por D. Ildefonso L. García Del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, Editor, 1889.

³⁷ VICYHOMIR. Todo sobre jurisprudencia romana. [en línea]. [consultado 1 de octubre de 2018]. Disponible en: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Todo-Sobre-Jurisprudencia-Romana/2477630.html>

³⁸ La virtud es definida por el Diccionario de la RAE como: "Actividad o fuerza de las cosas para producir o causar sus efectos (...). Eficacia de una cosa para conservar o restablecer la salud corporal. (...) Fuerza, vigor o valor. (...) Poder o potestad de obrar. (...) Hábito de obrar bien, independientemente de los preceptos de la ley, por sola la bondad de la operación y conformidad con la razón natural".

Para el pensamiento griego la *areté*, es una categoría que define a las personas que ostentan un comportamiento recto y prudente, por ello, el calificativo para las cultivadas rectamente.

Los filólogos han descubierto sus huellas en algunas antiquísimas raíces indoeuropeas. O. Bauerfeind (*GLNT I*, 1219-1227) indica seis acepciones diversas de este polisema: operación o dote excelente; coraje, valor militar, mérito, título honorífico; acto por el cual Dios se da a conocer; gloria y felicidad; bien al que hay que tender. Ya Platón (427-347 a.C.) usa *areté* con el significado que luego se hará preferente, de prerrogativa del espíritu humano, como su cualidad; pero también está

caracterizan como ciencia de las cosas divinas y humanas, la ciencia del derecho, la de los jurisconsultos o jurisprudentes.

En aquélla concepción, valor y virtud se entroncan y hacen parte de la esencia de la categoría en estudio, porque son palabras semejantes "(...) *por su origen, pues valor viene de valeo, estar bien, tener fuerza, y virtud viene de fuerza, la capacidad operativa de cada cosa, pero han derivado muy diversamente, por cuanto la virtud es un hábito moral, de la persona, y valor es, en general, el precio de una cosa, excepto cuando se habla del valor personal como sinónimo de la virtud de la Fortaleza (...)*"³⁹.

La prudencia es virtud de lo que se debe y no se debe hacer; por tanto, en la cosmovisión romana, jurisprudencia es también la ciencia de lo justo y de lo injusto, entendida la justicia como el hábito de dar a cada uno lo suyo; por consiguiente, el órgano judicial, en términos contemporáneos, por medio del juez o el *iudex*, es quien resuelve en cada caso concreto, si un acto es justo o injusto, conveniente o no, es quien declara el derecho, es quien juzga cuanto *ius dicit*, quien ejerce la *iurisdictio*, de conformidad con el principio *iura novit curia*; significando que la *curia*, la sede judicial, el juez conoce el derecho. Por supuesto, siguiendo la primera máxima justiniana que introduce el tratamiento de las Institutas, como pórtico para definir la jurisprudencia: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*"⁴⁰.

En principio, el derecho romano fue esencialmente jurisprudencial, en cuanto que ni el legislador lo creó ni lo impuso. En esa fase histórica, reviste como principales características, las siguientes:

1. Su origen no se halla en el Estado, sino en las obras de jurisprudencia y en los conceptos de los jurisconsultos, quienes, por su eminente grado de conocimiento "prudencial", emitían con gran sabiduría dictámenes a las partes que los consultaban, basados en la equidad y la justicia, y no únicamente con fundamento en la ley; por tanto, gozaban de enorme poder que, indirectamente, preocupaba a las autoridades, motivo por el cual, los emperadores posteriormente les dieron fuerza de ley. Se transformó, entonces, en un medio de ejercicio de la actividad del pretor para tomar el cariz de un derecho de creación judicial, pero no era una

presente en Aristóteles (384-322 a.c.), en su obra, *Ética a Nicómaco*, relacionada con la ejecución del bien y de la justicia en el obrar, presenta su elaboración más completa. La describe como la actitud permanente para realizar el bien, por ejemplo, para ser justos. "*Debe decirse, pues, que toda virtud (areté) perfecciona el buen conducirse de aquel ser del que es virtud, y hace estimable su operación*" (II, 6, 1106a, 14 ss.): La *areté* es una forma específica de *exés*, *habitus*: la propensión pronta y estable a obrar (I, 13, 1103a, 9) es el *habitus* del justo medio (II, 6, 1106b, 36). Para el pensamiento latino, la *areté* equivale a la virtud o *virtus*, en referencia a la persona que es ella misma y puede realizar sus deberes y obligaciones.

³⁹ D'ORS, Alvaro. *Una introducción al estudio del derecho*. 3ª ed. Madrid: Ed. Ediciones Rialp, 1977. p. 31.

⁴⁰ "*Justicia es la constante y firme voluntad que da a cada uno su derecho*": INSTITUTIONUM D. IUSTINIANI. Liber primus. *De la instituta del señor Justiniano*, Tit. I, *De iustitia et iure*, p. 5. Tomado del *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, primera parte Instituta-Digesto, Trad. D. Ildelfonso L. García Del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, Editor, 1889.

institución estatal; en algunas circunstancias, la ley, por el contrario, aparecía como elemento perturbador.

En este contexto, se entiende por jurisprudencia el conjunto de “(...) *opiniones emitidas por los jurisconsultos sobre las diversas cuestiones que se les planteaban, ya fuesen presentadas por particulares, o por los propios magistrados. Fueron pues, los jurisconsultos los que al interpretar el derecho le otorgaron a éste un carácter doctrinal*”⁴¹.

Acertada en el punto para comprender el significado de la prudencia en los jurisconsultos romanos, resulta la opinión de Aristóteles, en el libro VI de su *Ética nicomáquea “De las virtudes intelectuales”*, donde aborda el análisis de la prudencia, como una de las cinco virtudes que ayuda a encontrar la verdad (junto al arte, la ciencia, la sabiduría y la intuición), mientras que, por el contrario, por la conjetura y la opinión, se puede incurrir en el error. La prudencia se comprende, considerando quiénes son las personas prudentes, cuya esencia, es “(...) *el poder deliberar acertadamente sobre las cosas buenas y provechosas para él, no parcialmente, como cuáles lo son para el bien vivir en general*”⁴²; por ello reitera, prudente “(...) *es el que sabe deliberar*”⁴³; por consiguiente, la prudencia es una virtud, es “(...) *un hábito práctico verdadero, acompañado de razón, sobre las cosas buenas y malas para el hombre*”⁴⁴; es el hombre de buen consejo que se ajusta a los cálculos de la razón, motivo por el cual, el estagirita, ejemplifica al prudente con Pericles y sus semejantes. Prudente, entonces, es quien calcula, pondera, analiza o delibera y elige lo conveniente y, por tanto, puede opinar sobre qué hacer, qué determinar o cómo juzgar.

2. Es un derecho casuístico, elaborado a partir de las controversias. No se trata de una construcción lógica, sino un saber práctico para que actué la justicia en las relaciones sociales.

3. Teóricamente se presenta como un concepto basado en la acción procesal, antes que en la teoría de los derechos subjetivos.

Inicialmente, el concepto de jurisprudencia ostentaba un contenido religioso, emparentado con los dioses, pero al evolucionar la noción se tornó más realista para referirla a los preceptos de derecho humano y a las normas de derecho divino.

La palabra *ius*, se desmembró en dos instituciones importantísimas: justicia y jurisprudencia, la primera definida por Ulpiano como “*Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (voluntad constante y perpetua de dar cada cual su

⁴¹ MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. *Derecho Romano, Colección. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Profesores Titulares por Oposición. Facultad de Derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México: Ed. Harla, 1987. p. 15-16.*

⁴² ARISTÓTELES. *Ética nicomáquea*, Presentación de Gloria Domínguez. México: Ed. Época, 1999, p. 125. Trad. Antonio Gómez Robledo, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1983 (*Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana*). p. 138-141.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

derecho). Y según él mismo, jurisprudencia “(...) *est divinarum atque humanarum rerum notitia, justī atue injustī scientia* (el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto)”⁴⁵.

Por esta razón, el jurisconsulto es la persona idónea para conocer con rigor y profundidad las cosas divinas y humanas, capaz de razonar y de discernir sobre lo justo e injusto, lo lícito e ilícito; es el sacerdote de la justicia quien ejercita la *prudētia iuris*, como sabiduría y pericia para elegir entre las varias opciones, la oportuna, la justa y la adecuada al caso.

Esta concepción combina un concepto religioso con una visión filosófica que, sustancialmente, entraña una idea jurídica y ética, entendida como ciencia de lo justo e injusto, axiología que pasó por razones históricas y del ejercicio del poder político a formar parte de la jurisprudencia, entendida como el conjunto de decisiones de los jueces cuando interpretan y aplican la ley a los casos concretos en causas similares o parecidas, formando una doctrina constante y uniforme.

En el proceso de evolución de la Jurisprudencia romana, pueden identificarse diversas etapas. En los orígenes se halla la jurisprudencia sacerdotal ya que para la época, todas las relaciones se encontraban asidas a los dioses; por tal motivo, en ese momento, quienes se dedicaban a concebir las normas eran los colegios sacerdotales, y las mismas eran inspiradas en la vida sacra; de modo que, “(...) *correspondía al colegio de los pontífices no solo conservar sino desentrañar las pautas normativas de relevancia jurídica (mores) e interpretarlas, además de control del tiempo de la justicia, lo que se suponía el manejo del calendario y en él, establecer los días en que consideraban viable que se administrase (fastos) o no (nefastos) justicia entre los hombres. El pontífice no era más que un intermediario entre los dioses y los hombres (...)*”⁴⁶.

En consecuencia, era una visión jurisprudencial atada a lo divino, motivo por el cual, “*los primeros jurisconsultos fueron los sacerdotes y de ellos los pontífices quienes, además de tener el monopolio de las fórmulas procesales, se dedicaron a interpretar el derecho, fijando el contenido y alcance de la Ley de las XII Tablas, primera gran ley escrita del Derecho romano*”⁴⁷.

Posteriormente, los desarrollos argumentativos de la jurisprudencia evidencian que ésta deja de ser sacerdotal y se convierte en laica, de línea aristocrática–republicana. De esta generación se dice que:

⁴⁵ *Corpus Iuris Civilis*, D.1.1.10.2, promulgado el 16 de noviembre del año 529. ESCRICHE, Joaquín y Martín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, México: Ed. Cárdenas, 1978, p. 1131, Voz jurisprudencia. MEDELLÍN, Carlos. *Lecciones de derecho romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1980. p. 2.

⁴⁶ ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Historia del Derecho Romano*. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 169.

⁴⁷ MORINEAU IDUARTE, Marta y IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. *Derecho Romano, Colección, Colección Textos Jurídicos Universitarios Profesores Titulares por Oposición*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México: Ed. Harla, 1987, p. 15-16. Las XII Tablas están ligadas con los *decenviri*, esto es, diez varones, designados En el 451 a. C., para reunir leyes y codificar el derecho (Digesto 1, 2, 4.).

“(…) a partir del momento en que Tiberio Coruncanio, primer sumo pontífice plebeyo (mitad s. III a. c), introdujo la costumbre de dar sus opiniones en público y explicar las razones de sus respuestas a quienes acudían a él en busca de consejo jurídico, pudo desarrollarse una jurisprudencia en el que la autoridad no se basaba en el monopolio de la interpretación, sino que iba a tener fundamento en la libertad de acoger una u otra opinión, atendiendo a la fuerza de la convicción (…)”⁴⁸.

En efecto, se va secularizando, poco a poco abandonando el carácter pontifical, itinerario en el cual son destacables distintos estadios evolutivos. Así, por ejemplo:

“(…) Cuando Cneo Flavio, secretario de un sacerdote, publicó las fórmulas procesales (*ius Flavianum*), en 304 a. C, cincuenta años más tarde, en 254 a. C. el primer pontífice plebeyo, Tiberio Coruncanio, comenzó a dar consultas públicas sobre materias de derecho y, finalmente, en 204 a. C, Sexto Elio Peto, publicó su *Tripertita*, obra en tres libros, que constituye el primer tratado sistemático de derecho y se refiere a las XII Tablas, su interpretación y a las fórmulas procesales (*ius aelianum*). Así, el derecho dejó de estar bajo el exclusivo dominio de los pontífices y su conocimiento se hizo público”⁴⁹.

En esa fase histórica del Derecho Romano, la jurisprudencia se gesta esencialmente de las respuestas de los jurisconsultos “*prudentum responsa*”, que al decir de Justiniano: “8. *Responsa prudentum sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere. Nam antiquitus institutum erat, ut essent, qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iuris consulti appellabantur; quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut iudici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum*”⁵⁰, segmento que traduce “respuestas de los jurisconsultos son las sentencias y opiniones de aquellos a quienes se había permitido fijar el derecho; porque antiguamente se había establecido que hubiese quienes públicamente interpretaran el derecho, a los cuales se dio por el César el derecho de responder, y se les llamaba jurisconsultos; todas cuyas sentencias y opiniones tenían tal autoridad, que no era lícito a un juez apartarse de la respuesta de aquéllos, según se halla establecido”.

El trabajo de los jurisconsultos se vuelve determinante, y en su gestión se pueden distinguir como principales labores, las siguientes: *responderé, cavere, agere y scribere*. “La primera de ellas consistía en dar consultas verbales sobre casos prácticos; el *cavere* en redactar documentos jurídicos; el *agere* en asistir a las partes

⁴⁸ Ibídem, p. 186.

⁴⁹ MORINEAU IDUARTE, Marta y IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. *Derecho Romano, Colección, Colección Textos Jurídicos Universitarios*, Profesores Titulares por Oposición, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México: Ed. Harla, 1987. p. 15-16.

⁵⁰ INSTITUTIONUM D. IUSTINIANI. *Liber primus. De la instituta del señor Justiniano*, Tit. II, 8. *De Iustitia et iure*, p. 5. Tomado del *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, primera parte Instituta-Digesto, Trad. D. Ildefonso L. García Del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, Editor, 1889.

*durante el litigio y, finalmente, el scribere, en elaborar obras doctrinales de derecho, además de la labor docente que también desempeñaban*⁵¹.

La dinámica de ese trabajo dio lugar, a la aparición de los famosos jurisconsultos, aquí para recordar a *“Mudo Escévola, el primero que realizó una compilación del derecho de la época en su obra Ius Civile, de 18 libros; Aquilio Galo, alumno del anterior, quien escribió numerosas obras, y Servio Sulpicio, el primer comentarista de los edictos del pretor”*⁵².

Con la evolución histórica, la jurisprudencia se va entendiendo como la doctrina que sientan los tribunales y las cortes; por ello los juristas van apropiándose del término para referirlo a la prudencia y a la equidad que ha de observar el juez para resolver los conflictos jurídicos sometidos a su conocimiento, debiendo actuar en forma virtuosa, como un hombre prudente, como un ser equitativo al resolver cada controversia de tal forma que las decisiones no aparezcan como arbitrarias, parcializadas y autoritarias. De consiguiente, es el Derecho Romano, un saber y una historia que hoy cobra trascendencia, porque allí, la jurisprudencia se instituyó en fuente de jerarquía análoga o superior a la propia ley, al punto que en sentir del propio derecho de aquella época, inclusive por mandato imperial se dispuso tenerla como auténtica fuente jurídica: *“Puesto que nuestro emperador [Séptimo] Severo ha ordenado que, en casos de ambigüedades surgidas de las leyes, la costumbre inveterada o la autoridad de las cosas que han sido juzgadas en el mismo sentido tienen fuerza de ley”*⁵³.

2.3 JURISPRUDENCIA COMO LA CIENCIA DEL DERECHO⁵⁴

Las expresiones *prudentia* y *iuris* dieron lugar al sustantivo *iurisprudencia*, el cual según Tamayo y Salmorán: *“(...) [D]esigna un oficio particular: ‘el arte de conocer del derecho’. iurisprudencia (...) [que] desde su origen, era un oficio nada rudimentario, su dominio requería recursos intelectivos más bien sofisticados. Con el tiempo, la jurisprudencia fue adquiriendo solidez y prestigio. Pero, no obstante, su significado originario y su creciente importancia, a la jurisprudencia, en un principio, los romanos no le llamaban scientia, sólo el nombre de una disciplina, de una profesión”*⁵⁵. Esto, por cuanto *“La palabra scientia es el equivalente latino que los romanos encontraron para [episteme]. La jurisprudencia (...) se convierte en*

⁵¹ MORINEAU IDUARTE, Marta y IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, Op. cit.

⁵² MORINEAU IDUARTE, Marta y IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. *Derecho Romano, Colección, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Profesores Titulares por Oposición, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México: Ed. Harla, 1987. p. 15-16.*

⁵³ Digesto 1, 3, 38, cuyo texto en latín es: *Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quæ ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.*

⁵⁴ Por la extensión de esta investigación no es propósito de la misma, deslindar las categorías epistemológicas de, ciencia y disciplina, y porqué adoptar, uno u otro concepto, dadas sus similitudes, convergencias y divergencias; como los orígenes históricos de las mismas.

⁵⁵ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Jurisprudencia y formulación judicial del derecho: Los segundos analíticos es un trabajo de Aristóteles sobre el método científico.* En: *Isonomía, Revista de Teoría y filosofía del Derecho.* México: UNAM. octubre de 2004, no. 21. p. 201.

*scientia sólo cuando los juristas romanos adoptan los métodos de la ciencia griega, recogidos a la perfección en los segundos analíticos*⁵⁶.

En efecto, es desde la perspectiva aristotélica, como en el Derecho Romano, la jurisprudencia es vista como una ciencia, y como actividad se transforma en un trabajo permanente practicado por los jurisprudentes.

Como lo anota Tamayo y Salmorán, *“De Digesto 1, 2, 2, 6,43 claramente se desprende que el conocimiento del derecho y de la ciencia de su interpretación (su “lectura”) estuvieron por más de cien años, después de la legislación de los decenviri, en manos de los pontífices. A través de la interpretatio los pontífices proporcionaron el significado de las XII Tablas. Esta circunstancia hizo que el ius civile fuera considerado compositum por los jurisprudentes*⁵⁷.

La jurisprudencia, en consecuencia, se va transformando en una disciplina amplia que comprende toda la actividad que desarrollan los juristas, denominada, análogamente, ciencia del derecho, porque se refiere al conocimiento, estudio y aplicación del derecho no únicamente por los jueces y tribunales, sino por todos los estudiosos de la norma jurídica, incluyendo académicos, doctrinantes, en toda su extensión. De esta manera fue entendida por el Derecho Romano, por la jurisprudencia alemana y la anglosajona, y por *“(…) algunos clásicos del Derecho natural racionalista cuando distinguían entre jurisprudencia universal y jurisprudencia particular; la primera ocupada en estudiar el Derecho natural y la segunda referida a los distintos derechos positivos*⁵⁸.

2.4 JURISPRUDENCIA COMO UN CONJUNTO DE DECISIONES JUDICIALES O DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Otra acepción de la jurisprudencia corresponde *“(…) al conjunto de las decisiones judiciales (de un tribunal concreto, de una jurisdicción, de todos los jueces y tribunales, etc.)*⁵⁹, de tal modo que si la actividad legislativa genera los actos legislativos o constitucionales y las leyes, y el conjunto de éstas, conforma la legislación; y la actividad administrativa de la rama ejecutiva del poder público, y, en general, el conjunto de autoridades burocráticas en el manejo del gobierno son fuente de los actos administrativos, *“(…) la actividad judicial da lugar a sentencias y el conjunto de las sentencias forma la jurisprudencia*⁶⁰.

La jurisprudencia, desde esta óptica, es entendida como la pluralidad de decisiones o de sentencias dictadas sobre casos concretos por los jueces del Estado y, excepcionalmente, por los árbitros sobre asuntos de la más diversa índole, todos los cuales, constituyen un factor decisivo y dinámico en la interpretación del derecho. No procura identidad en los hechos, pero se constituye en factor que fija máximas, subreglas y criterios cuando hay hechos semejantes.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 204.

⁵⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. 3ª ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 213.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ *Ibíd.*

Por tal razón, comprende formulaciones o enunciaciones generales de contenido preceptivo que no vinculan estrictamente al juez para casos posteriores.

También se entiende como la doctrina que sientan los diferentes tribunales que puede convertirse en doctrina legal cuando hay interpretación reiterada de un mismo asunto, pero con alcance no obligatorio.

Sin embargo, la jurisprudencia no debe ser entendida como una sumatoria mecánica de las decisiones, sino como lo dice Prieto Sanchís, “(...) *el conjunto de criterios, de interpretación y aplicación de las normas que guían las decisiones adoptadas en esas sentencias*”⁶¹, los cuales, conforman la denominada “*doctrina jurisprudencial*”.

2.5 JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

En algunos sistemas jurídicos la jurisprudencia es fuente principal, y en otros es secundaria en la dinámica de la interpretación judicial y de la solución de casos. Aunque su trascendencia no es reciente, pues podemos remontarla al derecho romano antiguo y al griego; sin embargo, desde la aparición del Estado Nación su incidencia en la construcción del razonamiento jurídico es indiscutible, principalmente, cuando el jurista o el juez se encuentran frente a las lagunas en el derecho o resolviendo casos difíciles.

Como forma de producción normativa, se estructura dentro del proceso de elaboración jurídica y, por consiguiente, los jueces en sus decisiones crean derecho. Así, por ejemplo, para el Código Civil español en el art. 1.1. no se cita como fuente, pero en el 1.6. simplemente complementa el ordenamiento jurídico junto a la costumbre y los principios generales del derecho.

En este contexto, es la disciplina que estudia los principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los jueces, o la totalidad de las resoluciones que dictan las autoridades jurisdiccionales.

La jurisprudencia es una modalidad de derecho dinámico y viviente, es la creación de derecho por los jueces en cuanto fija reglas de contenido preceptivo, procurando o no establecer identidad en los hechos objeto de juzgamiento y que, por tanto, se constituye en factor decisivo en la interpretación y aplicación del derecho, porque crea derecho y elimina lagunas.

En la perspectiva de creación del derecho pueden verse dos sentidos: El primero relacionado con el hecho de si todas o algunas decisiones judiciales crean Derecho a partir del caso concreto que resuelven. En este ámbito, es indudable, si la sentencia es un acto humano con carácter cognoscitivo, valorativo (volitivo) y decisorio, crea derecho para cada caso concreto, en cuanto se funda en el

⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. 3ª ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 213.

ordenamiento jurídico al aplicar la ley en el proceso de subsunción normativa, pero también de los criterios normativos ideados por el juez o tribunal.

El segundo “(...) también –puede hablarse– de creación judicial del Derecho en el sentido de que las decisiones judiciales (todas o, como suele ocurrir sólo algunas) tienen eficacia general y deben ser tomadas en consideración en el futuro por todos los operadores jurídicos para la resolución de los casos”⁶². Se trata de la comprensión de la jurisprudencia desde los efectos vinculantes o persuasivos de la decisión judicial con carácter general, *erga omnes*. Para que sea de obligatoria observancia, es necesario que exista autorización legal para dar fuerza obligatoria, o que se haya forjado una sólida tradición o una doctrina reiterada que así lo determine.

En la familia del *civil law* el proceso codificador iniciado con la revolución francesa, guiada por la ilustración se separó tajantemente la creación del derecho de su aplicación, atribuyendo la primera en forma exclusiva, prelativa y monopolística al legislador y, la segunda como proceso lógico o cognocitivo sin facultad de creación, al juez por antonomasia. De tal modo que “así como el legislador se presenta como un sujeto políticamente libre que puede dar vida a su voluntad normativa sin ataduras ni restricciones, el juez aparece como un sujeto estrictamente vinculado al Derecho, según una conocidísima afirmación de Montesquieu (...) el juez no debía ser más que la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, un sujeto inanimado que no puede moderar ni su fuerza ni su rigor”⁶³.

Interpretar y aplicar el derecho se concebía como una operación logicista. Sin embargo, esta visión está transformada desde finales del siglo XIX a hoy. Kelsen rechaza esa percepción, porque en el ordenamiento jurídico, todo acto normativo presenta creación y aplicación del derecho, con excepción del acto fundamental o norma suprema, constitutiva de todo el sistema jurídico, porque es meramente creativa, como supuesto lógico fundamental, mientras la última, el acto ejecutivo, es exclusivamente aplicativo.

La diferencia estriba en el hecho de que la creación que hace el legislador es más libre, por cuanto sus fronteras son únicamente el derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución, el bloque de constitucionalidad, los principios, valores y derechos, mientras que los jueces están limitados por ese conjunto, pero también por la ley y, en muchos casos, por los actos administrativos, sin que pueda predicarse una “libérrima creación judicial”⁶⁴.

Sin embargo, cuando existen lagunas o antinomias jurídicas, por virtud de los principios *non liquet* y *iura novit curia*, el juez debe fallar, tornándose inexcusable su tarea, constituyéndose como fuente dinámica para crear derecho, sea para llenar el vacío o para evitar la antinomia o para elegir la norma aplicable al caso concreto. Pero en el Estado constitucional, por la fuerza jurídica y la densidad de los principios

⁶² *Ibidem*, p. 214.

⁶³ *Ibidem*, p. 215.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 216.

y valores y derechos, es mayor la necesidad para el juez, de mutarse en creador de derecho, por dos razones:

1. El carácter general y expansivo de las normas materiales de la Constitución que permite, pero esencialmente que lo compele, dado el alto grado de abstracción de las reglas jurídicas, a dar más de una respuesta a un problema real. Ejemplo: La propiedad, el matrimonio, etc.

2. Por la atribución de significados que arrojan las cláusulas materiales de la constitución que, como tales, por regla general, no pueden ser casuistas, y en consecuencia, “*dejan un amplio campo de decisión al intérprete*”⁶⁵. Si se analizan los espacios interpretativos, los vacíos, la generalización y el grado de abstracción, las normas constitucionales gozan y ostentan mayores y más controvertidas zonas expansivas que las de una ley o de una disposición taxativa o concluyente, que por su carácter derivado es más concreta.

En cualquier hipótesis, haya o no disposiciones aplicables al caso, el juez está ejerciendo una función innovadora en el derecho. En este sentido, si se admite que se trata del despliegue de la función creadora de la jurisprudencia, ello corresponde ni más ni menos del surgimiento del derecho judicial, entendido como el conjunto de decisiones vinculatorias o persuasivas para los propios jueces o para los de inferior categoría; y, del mismo modo, para los justiciables, como lo define Prieto Sanchís, el relacionado con “(…) *la creación, modificación o eliminación de normas por parte de los tribunales, normas que luego resultan obligatorias para los demás jueces* (...)”⁶⁶. Pero esta tarea, a fin de que sea eficaz, reclama la existencia de una norma que a partir del propio sistema autorice la fuerza vinculante de las decisiones judiciales.

En esta perspectiva, pueden encontrarse: 1. Sentencias habilitadas directamente para crear o extinguir disposiciones normativas; 2. Sentencias que a través de la interpretación de las disposiciones crean o eliminan normas, que generan precedentes vinculantes o persuasivos, que resultan aceptables por su racionalidad; 3. Sentencias interpretativas, en cuanto fijan el sentido como debe entenderse una determinada disposición; 4. Sentencias aditivas; y, 5. Sentencias sustitutivas. Estas, entre las más relevantes, porque en el ordenamiento hallamos muchas otras clases, de gran impacto en la actividad jurídica.

Bajo esta perspectiva, la sentencia es entendida como una norma jurídica individual. Cada decisión judicial, en específico, se convierte en una norma jurídica de carácter individual, una vez ejecutoriada y en firme, cuando adquiere el carácter de cosa juzgada, obligando a las partes que intervienen en el proceso. Es particular y concreta porque define una relación jurídico procesal singularizada entre unas partes determinadas, con relación a una *causa petendi* particular y con un *petitum* determinado, que una vez en firme, adquiere automáticamente las características de coercibilidad, inmutabilidad e inimpugnabilidad; es decir, se convierte en norma

⁶⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. 3ª ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 217.

⁶⁶ *Ibíd.*

obligatoria y vinculante para quienes intervinieron en el juicio y sus causahabientes, y como tal, es fuente concreta de derecho.

Claro, la sentencia puede proceder metodológicamente como un silogismo que parte de una premisa general o norma abstracta, analiza los hechos probados por los medios de convicción y concluye con una resolución denominada *decisum*; no obstante, a pesar de que la función legislativa se encuentra por antonomasia en manos de los parlamentos o cámaras legislativas, el juez crea derecho cuando resuelve un conflicto determinado; y en este caso, con efectos determinados e *interpartes*, por fuera del marco omnicomprensivo de la norma general, abstracta e indeterminada.

El Juez, al fallar, constantemente está concretizando una norma para cada caso particular, como cuando dispone qué parte de un bien es el que se debe desgajar de un globo de mayor extensión para declarar dueño al propietario; señala el número de años de prisión en un delito, dónde debe purgarse la pena, los derechos accesorios de que puede ser despojado el condenado y el número de años para las sanciones particulares que contiene; declara la legalidad de un despido; reconoce un derecho subjetivo de crédito; da por demostrada la excepción de compensación, etc.; es innegable, en todos esos casos concretos donde además de juzgar, crea una norma nueva de contenido individual hasta entonces imprevista. De este criterio es partidario Kelsen en la *Teoría general del derecho y del Estado*⁶⁷; y en el derecho colombiano, el profesor, Rodrigo Noguera Laborde⁶⁸.

En conclusión, la jurisprudencia genera un subsistema jurídico, y un conjunto de normas jurídicas individuales o de subreglas contenidas en las decisiones pronunciadas por los jueces cuando administran justicia en cada caso concreto, resolviendo controversias particulares; y, al mismo tiempo, da lugar a una serie de principios, doctrinas y criterios que se pueden deducir de las decisiones especiales o uniformes proferidas permanentemente.

Las subreglas establecidas en estas decisiones pueden adquirir el carácter de normas abstractas y generales, excepcionalmente, aplicables para casos futuros semejantes, pero también y, por regla general, se trata de normas individuales y concretas.

En este contexto sobresalen dos principios generales del derecho: *non liquet* y *iura novit curia*. En el Derecho romano y medieval cuando la cuestión objeto de juzgamiento, no era clara, no era obligatorio buscar la solución del asunto por parte del juez, permaneciendo la causa prejuzgada, sin juzgamiento, por aplicación del principio *non liquet*, no claro, me abstengo de juzgar porque la controversia aparece oscura. Por ello, el significado primigenio del principio era una abstención en el

⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM, 1950. p. 152. Se conoce una edición de 1945 publicada por Harvard University Press. De esta hay una traducción del gran jurista mexicano, Eduardo García Máynez, que editó la Universidad Autónoma de México. UNAM.

⁶⁸ NOGUERA LABORDE, Rodrigo. *Introducción general al derecho*. Vol. II. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1994. p. 44.

juzgamiento, antecedente remoto de las sentencias inhibitorias de gran aplicación en el derecho procesal de la familia del *civil law*.

Empero, hoy, esa premisa se aplica contrariamente, de modo que un juez no puede abstenerse de fallar y, por tanto, se entiende, en sentido inverso, como la prohibición de no juzgar, esto es, la obligación de sentenciar el fondo del litigio, de tal forma que el juez no puede omitir decidir una causa, so pretexto del silencio de la ley.

Debe sentenciar en toda causa propuesta a la judicatura, adoptando una posición versátil, acudiendo a los diversos métodos de interpretación para despejar las oscuridades o las lagunas de la ley, o ya acudiendo a la analogía. El principio *no liquet*, entonces, se impone como un instrumento de tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables porque se concibe que el ordenamiento jurídico es completo y el juez siempre puede y debe ofrecer soluciones para de decidir el fondo de la controversia.

El conjunto normativo al estar integrado por un sistema de principios, valores y derechos, reviste plenitud y, en consecuencia, frente a la tutela judicial efectiva, constituiría adefesio imperdonable no fallar una causa utilizando la hermenéutica y los principios generales de derecho, no tanto, por la progresiva codificación de los ordenamientos que con carácter omnicomprensivo pretenden regular todos los aspectos vitales, sino porque en un marco de justicia material, así no exista norma aplicable al caso, siempre podrá acudir a los elementos auxiliares del derecho.

Por su parte, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez conoce o sabe el derecho, de consiguiente, es parte integrante de la tutela judicial efectiva, de modo que no es necesario que las partes conozcan el contenido de los preceptos pues compete al Estado, por medio de sus jueces, titulares de la potestad jurisdiccional, el poder deber, de aplicar las normas pertinentes, subsumiéndolas en el caso concreto. Es aplicación y concurrencia del otro principio latino *mihi factum, dabo tibi ius*, esto es, dame los hechos que yo te daré el derecho, como restricción al sistema dispositivo imperante.

Por supuesto, el principio halla una frontera en el de congruencia de la sentencia, pero permite subsanar el derecho erróneamente invocado por los litigantes. De esta forma la jurisprudencia cumple dos importantes funciones dentro de la tutela judicial efectiva:

1. Función supletoria. Cuando las partes omiten exponer los fundamentos jurídicos o los postulados el juez debe darlos por satisfechos.
2. Función correctora. Cuando las partes invocan erróneamente el derecho el juez puede adecuarlo y corregirlo.

No obstante, la importancia de este principio, no se le puede dar aplicación en materia de casación porque es obligación de las partes estructurar la acusación siguiendo los parámetros que le fija el legislador por virtud del arraigado carácter dispositivo del recurso, salvo en cuanto, tiene que ver con ofensas a principios de

orden público, patrimonio público, derechos fundamentales u orden ecológico nacional o mundial.

2.6 JURISPRUDENCIA COMO TEORÍA DEL DERECHO

Para advertir, aún más, el vasto campo que ocupa la jurisprudencia, a continuación, se mostraran las teorías del derecho más relevantes que han analizado la incidencia de la jurisprudencia en el conocimiento jurídico o la forma como la han comprendido desde una perspectiva filosófica y desde la teoría jurídica.

2.6.1 Jurisprudencia conceptual – dogmática

Conceptual o dogmática son denominaciones semejantes, pero no idénticas. Las dos se construyen bajo un esquema edificado con apoyo en la lógica formal, con carácter totalmente deductivo desde la ley, donde se albergan los conceptos centrales del derecho.

Empero, la dogmática, halla regionalmente su ubicación en forma esencial en Francia, desde donde se proyecta la Escuela de la Exégesis, que tuvo gran relevancia para los desarrollos jurídicos de la revolución francesa y para el derecho, en general. Defiende la ley como fuente jurídica esencial y suprema expresión del legislador refugiándose teóricamente en las normas positivas (pero con óptica logicista).

Por su parte, la jurisprudencia conceptual adquiere todo su vigor en Alemania, con principios y finalidades similares a los de la dogmática francesa, pero elaborando mucho más sus categorías en pos de obtener un estatuto científico.

Es una tendencia que surgió en el derecho alemán desde la escuela histórica⁶⁹, liderada por Savigny y Georg Friedrich Puchta (1798-1846) en el siglo XIX, con tan notorio influjo, que dio lugar a la creación del BGB alemán de 1900. Puchta erige en dogmas los conceptos que rescata del derecho romano y los clasifica en generales y particulares, creando una pirámide, en cuya cúspide están las nociones elementales y en la base las definiciones específicas.

En esta concepción, la jurisprudencia es vista como la técnica para crear normas jurídicas perfectas a través de conceptos, con fundamento y privilegio de la lógica formal; sistema en el cual, el juez simplemente aplica las normas, pero no las interpreta.

En ese sentido, esta visión se encuentra con un cuerpo coherente de normas procedentes del fuerte y envolvente movimiento codificador que se apertura con el nacimiento de los Estados nacionales, el cual, además, se transforma en medio para fortalecer su unidad interna. Simultáneamente, plantea con relación a la disciplina jurídica: 1. La plenitud del derecho porque lo contiene en su integridad y con suficiente aptitud y posibilidad de resolver todo. 2. La creación de la ley como

⁶⁹ DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. 2ª ed. Madrid: Aguilar. p. 42.

tarea de doctos o científicos, 3. La elaboración de conceptos plenos y totalizadores, y 4. La aplicación mecánica de la ley por parte del juez.

En esta postura jurídica no pueden existir lagunas ni antinomias porque el derecho, desde esta perspectiva, no tiene contradicciones. La expresión más acabada de esta corriente se encuentra en el primer Ihering, quien llega a expresar: “*La jurisprudencia es la matemática del derecho. El jurista hace cuentas con sus conceptos, como el matemático con sus magnitudes; si el total es correcto lógicamente, ya no tiene que preocuparse de más*”⁷⁰. Ahora, no puede obviarse que Ihering, evoluciona conceptualmente en su pensamiento hacia una separación de esta teoría pandectística para, ulteriormente, ubicarse en la jurisprudencia de intereses⁷¹.

Es justo señalar que, en esta doctrina jurisprudencial, el derecho es comprendido como una dogmática, entendida como la disciplina basada en sistemas formales, de los cuales se extrae el contenido de las normas jurídicas, concebidas como estructuras con carácter sistemático y completo. La finalización de la dogmática posibilitó el surgimiento de la jurisprudencia de conceptos, que representa el desarrollo pleno y unilateral de los supuestos contenidos en la posición dogmática.

Villanova, en *Introducción al derecho*, ha sintetizado la forma de estructurarse la jurisprudencia conceptualista, así:

“(…) [B]ajo el nombre de dogmática se pueden abarcar aquellas direcciones de la ciencia del derecho que arrancan de la escuela histórica e imperan en Alemania e Italia hasta nuestros días. Sin embargo, la dirección dogmática, si bien no en la posición extrema de la jurisprudencia de conceptos, sigue siendo el común denominador general de la ciencia jurídica en los países, de Europa continental, de derecho escrito y tradición romanista, llegando con este carácter hasta nosotros y en general a Latinoamérica”⁷².

Esta concepción, es necesario advertir, se acerca a la escuela de la exégesis, de gran influencia en el Derecho francés, que defiende la ley como fuente jurídica esencial y suprema expresión del legislador, aunque, desde una óptica psicologista, porque investiga la voluntad y el espíritu del legislador. La coincidencia estriba en el hecho de que la dogmática se refugia, teóricamente, también en las normas

⁷⁰ IHERING, Rudolf Von. *La jurisprudencia de conceptos en Rudolf Von Ihering*, en Casanovas, Papeu y Moreso, José Juan (comp.), *el ámbito de lo jurídico; lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid. Grijalbo, 1994; *La lucha por el derecho*. Madrid: Civitas, 1989. nota 6. p. 257.

⁷¹ Es necesario precisar que, Rudolf Von Ihering (1818 – 1892), tiene dos fases conceptuales: el primer Ihering, emparentado con la tesis dogmática o conceptualista, pero luego evolucionó a la jurisprudencia de intereses, en cuya tendencia, lo calificamos como el segundo Ihering, por el giro conceptual en su concepción jurídica. Con razón, por sus ideas ha sido catalogado como el gran jurista decimonónico. Algunos lo adjetivan como el padre de la moderna jurisprudencia sociológica, sin embargo, visto de este modo, ha de entenderse que se trata del jurista de la segunda fase, cuando abandonó la jurisprudencia conceptual. Fue el primer Ihering, quien sentó las bases de la denominada por algunos, "auténtica" Ciencia del Derecho, como una forma de Filosofía del Derecho, caracterizada por la utilización de la técnica de la construcción lógico-sistemática de lo jurídico.

⁷² VILLANOVA, José. *Introducción al derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: ed. Abeledo Perrot, 1986. p. 265.

positivas, pero desde un criterio logicista; ubicándose, de ese modo, las dos concepciones como vertientes de la corriente positivista, en virtud del acendrado normativismo por el cual abogan en la aplicación del derecho. Por supuesto, la tendencia francesa es más amplia, al privilegiar, finalmente, el pensamiento del legislador, en tanto, se halla, "(...) *mitigada por la indagación empírica de la voluntad del legislador*"⁷³, atenuando, de algún modo, su fundamento normativista.

La dogmática, ostenta una nomenclatura que no es fortuita porque halla el derecho en los propios textos de la ley, en su estructura lógica, en los significados, en los conceptos de las premisas legales, de tal forma que el jurista, el juez y el intérprete avanzan desde el tenor gramatical y filológico a las significaciones lógicas y conceptuales, adquiriendo un matiz racionalista y unas formas interpretativas estrechas. Por tal razón, no es desacertado, cuando señala:

"Tal es, también el sentido más propio de la imputación de racionalismo que se hace a esta tendencia aun dominante en la ciencia jurídica: si el objeto propio de estudio son los conceptos o significaciones, la ciencia jurídica resulta ser lógica. La tarea propia del jurista, en efecto, no es otra que la de integrar en un todo no contradictorio el material que le suministran las normas positivas ya dadas. La culminación de su tarea es la construcción jurídica mediante la cual se muestra el principio general unificador contenido en un conjunto de normas"⁷⁴.

Esta tendencia en su denominación alemana se conoce como *Begriffsjurisprudenz*, y es derivación de la escuela histórica de Savigny y de Puchta, pero se halla expuesta por Ihering, en *El espíritu del derecho romano, y sus postulados*, están compendiados por Nino en la siguiente forma:

"a) *actitud de adhesión formal al derecho legislado que se lo supone completo, preciso y coherente; b) adopción de la tesis de la escuela histórica que consiste en considerar al espíritu del pueblo —Volksggeist— como la fuente por excelencia del derecho, suponiendo que ese espíritu está reflejado fundamentalmente en las opiniones de los juristas; c) las ideas jurídicas de los científicos del derecho se encarnan en los "conceptos jurídicos fundamentales"*"⁷⁵.

Asimismo, Nino complementa:

"(...) [T]ales conceptos son considerados como realidades: Ihering habla de cuerpos jurídicos y postula que sean estudiados con el método de las ciencias naturales; d) hay una relación causal entre los conceptos jurídicos, las normas legisladas y las consecuencias sociales de las mismas; e) mediante la formulación, clasificación y combinación de los conceptos jurídicos, método llamado "construcción", es posible formular nuevas reglas, contenidas

⁷³ VILLANOVA, José. *Introducción al derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: ed. Abeledo Perrot, 1986. p. 265.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: Universidad Autónoma de México, 1989. p. 27. Estudios de esta tendencia se hallan en el volumen *The jurisprudence of Interests*, Harvard University Press, 1948. Se encuentran algunos artículos de Max Rümelin, "Development of legal theory and teaching during my lifetime", y de Philipp Heck, "The jurisprudence of interests, an outline".

implícitamente en el derecho legislado; f) la tarea del juez es puramente cognoscitiva. No debe hacer evaluaciones en base a las consecuencias prácticas. En su resolución debe inferir mecánicamente aquella de las reglas obtenidas mediante la construcción de conceptos”⁷⁶.

En esta conceptualización jurídica resulta relevante la categoría *Volksgeist*, “*espíritu del pueblo*”, “*espíritu de la comunidad*”, “*conciencia común del pueblo*”, no porque la haya creado Savigny, sino porque se la apropia para reflejar la genética del derecho, de tal forma que su fuente primigenia, el verdadero sujeto creador del derecho es el pueblo, y en consecuencia, no es que nazca propiamente de las leyes o de las disposiciones expedidas por la autoridad. Se origina en las costumbres, en las creencias del pueblo y no en el arbitrio del legislador, adaptándolo a su propia especulación acerca del origen y la naturaleza del Derecho.

Según Caspar Rudolf Von Ihering, el expositor original de la jurisprudencia de esta tendencia, ha sido entendida como el método para derivar decisiones a partir de conceptos mediante la utilización de la lógica formal, de tal modo que “(...) *establece así un bmnvorden construido a partir del principio de cierta disposición, establecida entre los conceptos jurídicos, configurados éstos a partir de la constitución de grupos o conjuntos de preceptos, en función de su distinta generalidad o especialidad*”⁷⁷.

El marcado carácter conceptualista con que unge el mismo Ihering, esta corriente, lo vigoriza con apoyo en Puchta, cuando enuncia: “*Ello permite en palabras de Puchta, el dominio de las reglas jurídicas a través de la averiguación de su parentesco, de modo de poder seguir hacia arriba y abajo la derivación de cada concepto jurídico a través de todos los otros miembros del todo que tuvieron parte en su formación, procedimiento que denominó genealogía de conceptos, donde cada uno de ellos es un ente vivo*”⁷⁸.

Es una presentación del derecho como ciencia pura, compuesto por fórmulas hechas, donde domina la lógica jurídica, de tal modo que la jurisprudencia aparece como la matemática del derecho, en voces del primer Ihering: En ese sentido “(...) *El jurista hace cuentas con sus conceptos, como el matemático con sus magnitudes; si el total es correcto lógicamente, ya no tiene que preocuparse de más; el jurista solo con ayuda del proceso lógico, está capacitado para realizar el más delicado y definitivo trabajo de filigrana dialéctica, equivalente al trabajo de la máquina que se encarga de dividir un cabello en novecientos noventa y nueve mil novecientos noventa y nueve partecitas exactamente iguales*”⁷⁹.

Para esta tendencia, la trascendencia del primer Ihering es vital, pues con su visión teórica del derecho de los primeros años de ejercicio jurídico (1818-1892) contribuyó con la exposición sistemática del conceptualismo jurisprudencial, a pesar de su

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ IHERING, Rudolf Von. *La posesión, teoría simplificada en tres estudios jurídicos*. Trad. Adolfo González Posada Buenos Aires: Ed. Omeba, 1960. p. 212.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ibíd.*

ulterior radical cambio epistemológico a la tesis de los intereses. Es en el *Espíritu del Derecho Romano*, en sus diferentes etapas de desarrollo (1825), donde sigue la escuela histórica de Savigny y de Georg Friedrich Puchta, desarrollando la teoría conceptualista, abogando por la búsqueda del “*espíritu del pueblo*” como la raíz del Derecho y de lo jurídico. En ese marco, caracteriza al pueblo romano con un egoísmo disciplinado.

Las tendencias dogmáticas y conceptualistas muestran un sistema jurídico acabado, completo, perfecto con una única respuesta en los casos que decide el juez, edificando, entonces, un sistema pretensioso y dominante porque la Ley o los conceptos son los únicos elementos válidos para la construcción de la sentencia y, por lo tanto, carente de lagunas o de antinomias. Ello conduce la tarea jurisprudencial a otro vicio, consistente en una actividad mecánica de mera subsunción de los hechos en el contenido abstracto de la ley con nula o poca capacidad interpretativa del juez.

En ese sentido, la sentencia es un asunto de lógica que encadena la Ley o los Conceptos como premisa mayor, los hechos como premisa menor y la resolución como conclusión silogística, quedando al margen del razonamiento otra serie de presupuestos y de elementos que comprende el Derecho (axiológicos, políticos, etc.) resultando una decisión judicial, meramente racional y abstracta, de carácter cientista y mecánica como exclusiva aplicación de conceptos o leyes a los casos concretos.

2.6.2 Jurisprudencia de intereses, teleológica o de los fines

Es una tendencia que fija unas reglas diferentes a la línea conceptualista, y surge principalmente en Alemania y halla sus mentores en Ihering⁸⁰, Heck y Max Rumelin. Reacciona contra la jurisprudencia de conceptos, y su fuente es la filosofía de Kant y la teoría del Derecho Natural, de donde trata de deducir el Derecho de valores abstractos. El nombre “*jurisprudencia de intereses*” fue acuñado por Phillip Heck, Profesor en Tubinga. Al lado de Heck se cuenta entre los representantes de la Escuela de Tubinga a Max Rümelin, Heinrich Stoll y Eugen Locher. También se hallan Gustav Hartmann, Otto Wendt y Eugenio Ehrlich. Los inicios de la teoría se encuentran en la conferencia pronunciada por Oskar Bülow en 1885 cuando asume el cargo de Rector de la Universidad de Tubinga: “*La ley y el ejercicio de la magistratura*”. Otros representantes de la jurisprudencia de intereses fueron Rudolf Müller-Erbach (Munich) y Paul Oertmann (Gottinga), por citar algunos”⁸¹.

Ihering, tal cual antes se advirtió, a pesar de haber sido precursor, en su primera fase ideológica de la tendencia conceptualista, reacciona con vigor contra esa visión

⁸⁰ Integró la Escuela Derecho Libre, junto con Ehrlich y Geny, tendencia que postula que el derecho no es únicamente la ley, fuente falible por naturaleza, de consiguiente, el juez descubre lagunas y las integra teniendo en cuenta la axiología, la sociología y la cultura, y por tanto, la jurisprudencia también es fuente de derecho.

⁸¹ AYALA AÑAZCO, Emilio. La Jurisprudencia de intereses. En: Revista Jurisprudencia del Sur [en línea]. Corte Suprema de Justicia del Paraguay, 2000 [19 de marzo de 2019]. Consultado en: http://www.pj.gov.py/tercera/revista_js/2000int.html.

inicial, en franca contradicción con ella, para convertirse en uno de los teóricos más activos, tal vez, el más reconocido, de la jurisprudencia de intereses. Es en 1861, cuando sus ideas y su práctica jurídica dan un salto cualitativo para ubicarse como promotor de esta nueva corriente, exponiéndola y defendiéndola con un criterio abiertamente sociologista⁸².

Por tal razón, en *La lucha por el Derecho* (1872) y en *El fin del Derecho* (1877)⁸³, bajo la nueva tendencia, señala que el derecho se afirma en la lucha, defendiendo tesis finalistas y sociológicas. En la obra "*En broma y en serio*" publicada en 1889⁸⁴, se dedica a formular una crítica a la jurisprudencia conceptual, aupando la nueva visión de la jurisprudencia de intereses. En esta última obra, procura desmitificar la jurisprudencia conceptual, descendiendo desde la abstracción pura a la realidad social, tarea por la que se compromete, inclusive, criticando, sarcásticamente, el carácter especulativo del conceptualismo.

Esta corriente se preocupa por las teorías genética y productiva de los intereses. La primera en cuanto estudio del origen y del objeto del derecho positivo; la segunda, ocupada de las clases de intereses, la forma como compiten los unos con los otros y se presentan; además, analiza las sentencias judiciales y la organización del trabajo científico. Expone que toda disposición legal no es neutra, sino producto de un interés, de tal forma que el derecho es protector de intereses; sin embargo, éstos son limitados por cada disposición legal, surgiendo muchas veces enfrentamiento entre intereses privados e intereses públicos. No obstante, ese conflicto debe ser ponderado y valorado volitivamente desde una idea social, decidiéndose por determinados valores; advirtiendo que, cada disposición contiene un juicio de valor.

El método de aplicación del derecho en esta tendencia es histórico teleológico, estudia los mandatos de la normas, los intereses legislativos y el proceso de elaboración de la sentencia; siempre, teniendo en cuenta las palabras de la ley y los materiales históricos, sin que el intérprete quede atado a las palabras; por ello, Heck, utiliza la metáfora del señor y del sirviente, de modo que el sirviente recibe la orden, interpreta la voluntad de su amo y la cumple, sin analizar ni repeler las palabras pronunciadas en la orden, indagando la intención, porque conocida la voluntad poco importa cuáles hayan sido las palabras utilizadas, pues lo importante no es la adherencia al texto, sino las razones prácticas y el juicio crítico.

Aun cuando la ley expedida por el Congreso es fuente del derecho, por su carácter abstracto puede ser imprecisa, incompleta e incoherente, de donde resulta necesaria la interpretación teleológica. Con tal propósito afirman en sentido lato, quienes prohíjan esta tendencia:

“(…) [E]l fin último y el sentido esencial de toda legislación consiste en regular de modo apropiado las relaciones interhumanas. El legislador trata de llevar a cabo

⁸² IHERING, R. Von. *El fin en el Derecho*. Trad. D. Abad de Santillán. Granada: Comares, 2000. p. 299 y ss.

⁸³ IHERING, R. Von. *El fin en el Derecho*. Trad. D. Abad de Santillán. Granada: Comares, 2000.

⁸⁴ IHERING, R. Von. *La jurisprudencia en broma y en serio*. Madrid: Editorial de la Revista de Derecho Privado, 1933. p. 252.

este propósito por medio de la delimitación de las varias esferas de intereses protegidos. Realiza esta delimitación valorando los diferentes intereses opuestos, a la luz de la idea del bien común. El juez debe guiarse, más que por las palabras del legislador, por las estimaciones que inspiraron a éste. Las palabras y los conceptos empleados por el legislador son tan solo medios para cumplir los resultados que emanan de aquellos juicios de valor o estimaciones (...) ⁸⁵.

Esta visión es de particular importancia frente a la jurisprudencia y las fuentes normativas, en general, porque pone de presente que el derecho no se halla depositado exclusivamente en la ley.

Es claro que una disciplina jurídica se va estructurando con una serie de categorías y conceptos que adquieren determinada firmeza o estabilidad, formando todo un andamiaje que concede cierta fijeza, sin embargo, debe admitir flexibilidad para que no permanezca en el ostracismo o para que resuelva las necesidades cambiantes. En este sentido, resulta pertinente lo expuesto por Theodor Viehweg, cuando en su obra *Tópica y Jurisprudencia* en el capítulo VIII analiza la contribución de Ihering, y con indudable maestría señala que esto forma parte del “núcleo peculiar del arte del derecho” ⁸⁶.

La teoría del interés de Ihering, desde su formulación, adquiere para el derecho un influjo de peso, primero en el campo civil, y luego, en las demás disciplinas jurídicas. Propina un duro golpe a las especulaciones normativistas y al propio conceptualismo alemán del que fue su mentor, señalando que detrás de toda norma jurídica reposan elementos latentes, no manifiestos.

Ese pensamiento y el de los conflictos que a su alrededor se tejen, se ha venido “(...) transformando mediante una matización hacia factores vitales más dignos de consideración, [que] han suministrado un gran número de nuevos argumentos jurídicos, a los que en buena parte no se les pueden negar el reconocimiento” ⁸⁷. No obstante, su importancia va más allá, y estriba, en forma decisiva, como lo dice, Viehweg, al permitir “(...) disponer de un medio adecuado para revisar los fundamentos de toda la disciplina desde la práctica misma del derecho, a la que con razón sirve como guía (...)” ⁸⁸, en las perpetuas aporías de este saber y cuya base es el principio de lo justo.

Los principios fundamentales de esta teoría pueden glosarse siguiendo a Máximo Pacheco:

“1. Los intereses constituyen la causa que mueve al hombre a actuar.

“2. Estos intereses son los que crean la convivencia y la sociedad humana.

⁸⁵ PACHECO, Máximo. *Teoría del derecho*. 4ª ed. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1990. p. 387.

⁸⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964. p. 127.

⁸⁷ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964. p. 128.

⁸⁸ *Ibíd.*

“3. El Derecho nace y se establece por la lucha de los intereses,

“4. El legislador es la persona designada por la colectividad para la salvaguardia de los intereses. Él busca la delimitación y la protección de los intereses en lucha;

“5. Las leyes están determinadas por los intereses; son la resultante de los intereses materiales, nacionales, religiosos, éticos, que luchan dentro de una comunidad jurídica”⁸⁹.

Aunado a lo precedido, respecto de la función del Juez como hermeneuta y de la finalidad que apremia en el ordenamiento con este tipo de jurisprudencia, Pacheco añadió:

“6. El intérprete, para decidir cualquier cuestión, debe investigar los intereses en conflicto y resolver conforme al criterio del legislador y al grado de predominio que éste haya concedido a los intereses en juego. El mandato de la ley queda invariable a través del tiempo, pero hay que hacer una investigación histórica de la ponderación de intereses y atenerse a ella mientras que la ley esté en vigor;(…).

“7. La función del juez consiste en resolver conflictos de intereses, del mismo modo que el legislador. La disputa entre las partes le presenta un conflicto de intereses. Ahora bien, la valoración de los intereses llevada a cabo por el legislador debe prevalecer sobre la valoración individual que el juez pudiere hacer según su personal criterio”⁹⁰.

De tal manera que al preguntarse cuáles son los criterios o los principios a seguir por los jueces en la construcción de las sentencias, éstas deben edificarse en los intereses, decidir con fundamento en ellos, y construir la jurisprudencia desde ellos, al punto de que en algunas ocasiones se acercan al derecho libre.

Para Max Rumelin, integrante de esta escuela, el fin último y el sentido esencial de la legislación es regular las relaciones interhumanas, delimitando los intereses protegidos, valorando los opuestos, siguiendo el bien común. El juez, en su función operativa, está sujeto por estimaciones y razones que tuvo en cuenta el legislador de tal modo que las palabras y conceptos son apenas medios para buscar el cumplimiento de resultados y de fines.

Son variadas las hipótesis fácticas que carecen de respuestas normativas, eventos en los cuales las soluciones deben provenir de convicciones sociales.

El profesor Philipp Heck, concibe la cuestión como meditación del juez, no tanto para crear derecho, sino para colaborar en pos de realizar los fines del derecho, cuyo orden jurídico se compone de mandatos jurídicos y mandatos de la vida social. Por ese motivo, justifica la existencia de una disciplina sociológica del derecho como complemento para la dogmática jurídica. En fin, en su pensamiento, los fines van más allá de los conceptos, subrayando su trascendencia y su existencia en la tarea del ejercicio judicial.

⁸⁹ PACHECO, Máximo. *Teoría del derecho*. 4ª ed., Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1990. p. 387.

⁹⁰ PACHECO, Máximo. *Teoría del derecho*. 4ª ed., Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1990. p. 387.

Pero ¿Cuál es la diferencia central entre la jurisprudencia conceptualista y la jurisprudencia de intereses?

La jurisprudencia conceptualista centra su visión en los conceptos jurídicos generales como ideas básicas y generantes del derecho, que como tales engendran las normas jurídicas, pero además de constituir la causa, igualmente producen los efectos en la vida social. En sentido opuesto, la jurisprudencia de Intereses no parte de conceptos creadores de derecho sino de la vida y de las necesidades cotidianas, tal cual lo enseña el segundo Ihering, el derecho no es creado por conceptos, sino por los fines, por los intereses que se pretenden en la realidad social.

Luis Recasens Siches compendia con maestría las ideas fundamentales de la jurisprudencia de intereses, del modo siguiente:

“a. El juez está obligado desde luego a obedecer el Derecho positivo. La función del juez consiste en proceder al ajuste de intereses, en resolver conflictos de intereses del mismo modo que el legislador. La disputa entre las partes le presenta un conflicto de intereses. Ahora bien, la valorización de los intereses llevada a cabo por el legislador debe prevalecer sobre la valoración individual que el juez pudiera hacer según su personal criterio”⁹¹.

La anterior idea, la complementa con el precepto del vacío o la contradicción de la ley en el ordenamiento, de tal manera que:

“b. Las leyes aparecen incompletas, a veces inadecuadas, incluso contradictorias, cuando se las confronta con la riquísima variedad de problemas que los hechos sociales van suscitando sin parar en el correr de los días. El legislador en nuestro tiempo debiera esperar del juez, no que éste obedeciese literalmente, de un modo ciego, las palabras de la ley, sino que, por el contrario, desarrollara ulteriormente los criterios axiológicos en los que la ley se inspira, conjugándolos con los intereses en cuestión. La función del juez no debe limitarse meramente a subsumir hechos bajo los mandatos jurídicos, sino que también deben construir nuevas reglas para las situaciones respecto de las cuales la ley nada dice, y debe asimismo corregir las normas deficientes. En suma, el juez debe proteger la totalidad de los intereses que el legislador ha considerado dignos de protección, y en el grado y jerarquía en que éste ha estimado que deben ser protegidos”⁹².

Bajo esta perspectiva, derecho es la expresión de intereses, y en ese mismo sentido, se halla la decisión judicial cuando busca solucionar los problemas que le plantean los justiciables, los cuales, ni más, ni menos representan intereses.

Propone la jurisprudencia de intereses que si el juez desea superar la interpretación mecánica de la ley, para alcanzar una experiencia interpretativa, debe conocer los verdaderos intereses que gestaron la ley y, en ese laborío, debe privilegiar el interés

⁹¹ RECASENS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 3ª ed., México: Ed. Porrúa, 1980. p. 57.

⁹² RECASENS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 3ª ed., México: Ed. Porrúa, 1980. p. 57.

hegemónico. De tal manera que cuando existe conflicto el juez debe privilegiar y resolverlo a favor del interés que tenga mayor protección. Este es, precisamente el principio de interés superior de Heck profundizado por Larenz y Coviello, al concebir el derecho como una lucha de intereses que buscan su reconocimiento.

En relación con las concepciones jurisprudenciales antecedentes y coetáneas, la jurisprudencia de intereses representa un cambio relevante en la construcción de los sistemas jurídicos, al entrañar una apuesta expresa por una opción valorativa, como lo expone el profesor Botero, en cuanto “(...) conduce cada vez más a una jurisprudencia de valores, que confiere enorme importancia a la capacidad que debe tener el juez para comprender el sistema axiológico que subyace el sistema jurídico, a fin de que pueda resolver en forma justa los distintos casos”⁹³.

Se trata de un empeño por abandonar visiones formalistas y conceptuales, reconociendo una perspectiva crítica y “(...) un mayor rol a los jueces, que dejan de ser entonces los simples esclavos pasivos de la ley. El verdadero derecho deja de ser ley y ese rol protagónico lo toma la sentencia judicial”⁹⁴. Precisamente como lo defiende el segundo Ihering, al adoctrinar que el auténtico derecho es el vivido realmente por las personas y que se aplica en las decisiones judiciales.

Por ello, el profesor Gómez P., no se equivoca cuando presenta la cosmovisión de esta corriente: “(...) Es claro en el pensamiento de Ihering, también en el de Heck, quien desde un principio habló de que la caracterización de este movimiento hacía énfasis en la faz funcional del Derecho o en la (...) de los institutos jurídicos, lo cual implica necesariamente que todo precepto jurídico debe ser examinado desde la óptica de su contenido en [los] intereses y las necesidades vitales de la vida, característica que identifica al orden jurídico de un Estado Social según Bobbio (...)”⁹⁵. En el mismo sentido, López Medina caracteriza muy bien las líneas generales, pero esenciales, de esta tendencia que abriría nuevos caminos, dejando atrás la jurisprudencia de conceptos; al apuntar por los elementos finalistas y consecuencialistas⁹⁶.

2.6.3 Jurisprudencia del Derecho Libre

Es el movimiento que surge como respuesta a la jurisprudencia dogmática gestada al interior de la escuela de la exégesis francesa. Su incidencia *iusfilosófica* en la construcción de la jurisprudencia es determinante, al plantear que el derecho no es únicamente la ley, por cuanto posee múltiples expresiones e instituciones, pero, además, porque al interior existen lagunas, que deben ser llenadas por la jurisprudencia integrando los valores sociales y culturales.

⁹³ BOTERO URIBE, Darío. *Hermenéutica jurídica*. Ed. 1. Bogotá: Ed. Rosaristas, 1997. p. 130.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho*. 5ª ed. Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2011. p. 137.

⁹⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación constitucional*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.

Su principal representante es Françoise Gény, con su obra *Méthode interprétation et sources en droit privé positif* de 1889, aunque algunos aluden a Oskar Bulow en su obra *Gesetz und Richteramt* de 1885; no obstante, debe incluirse a Ernst Fuchs y Hermann Ulrich Kantorowicz⁹⁷, en condición de coideadores de esta tendencia.

De particular importancia resulta la opinión de Renato Treves quien, al analizar el impacto de la sociología en el saber jurídico, destacando las diversas teorías sociológicas del Derecho, toma como punto de referencia a Ehrlich⁹⁸, con relación a la visión del derecho, la incidencia de los grupos sociales y de las asociaciones. Precisamente, resalta la trascendencia de este teórico, y en relación con Kantorowicz, señala que Ehrlich, “(...) oponiéndose al principio de la aplicación mecánica del mandato del legislador, había hablado de una libre investigación del Derecho y de una ciencia el derecho libre antes de que Hermann Kantorowicz en 1906 publicara el programa del movimiento del derecho libre, del que Ehrlich fue después un defensor convencido (...)”⁹⁹.

Kantorowicz polemiza y juzga la mayoría de las ideas vigentes en lo jurídico para el siglo XIX, pretendiendo renovar los dogmas de la concepción jurídica tradicional, procurando plantear una visión diferente con nuevas metodologías. De esa forma, al derecho estatal y tradicional, opone el derecho libre, como resultado de la convivencia de los hombres en sociedad. Es el derecho libre el que forja y sirve de base para “(...) las sentencias de los jueces y de la ciencia del derecho; el derecho libre que no ha concluido aún su proceso de formación y que vive independientemente del derecho del Estado y es más bien el terreno del que nace el derecho del Estado (...)”¹⁰⁰.

Las tesis principales en pos de la ruptura y de la liberación del formalismo se pueden aglutinar en cinco postulados: “(...) una sobre las fuentes del Derecho, otra sobre las lagunas (jurídicas) legales, una tercera acerca de la derrotabilidad de la ley y las lagunas axiológicas, una cuarta referida a la reconstrucción de la ciencia jurídica y una quinta acerca del rol del juez y la enseñanza del Derecho”¹⁰¹.

⁹⁷ KANTOROWICZ, Herman. *La lucha por la Ciencia del Derecho*. En la ciencia del Derecho. Trad. Goldschmidt, W. Buenos Aires: Losada, 1949. El seudónimo Gneus Flavius responde al nombre de la persona que se apropió las fórmulas de las acciones entregándolas al pueblo en el ámbito del Derecho romano. Nació en 1877 y falleció en 1940, docente universitario en la Universidad de Friburgo y profesor visitante en las Universidades de Columbia y de Kie.

⁹⁸ EHRlich, Eugen. *Libre investigación del Derecho y Ciencia del Derecho Libre*. En *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons, 2005. *Respuesta a Kelsen*. En *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

⁹⁹ TREVES, Renato. *Introducción a la Sociología del derecho*. Madrid: Ed. Taurus, 1977. p. 59.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ NÚÑEZ LEYVA, José Ignacio. El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy en distintas teorías del derecho, incluso en el constitucionalismo contemporáneo. [en línea] En: *Revista de Derecho, Universidad Finis Terrae*, Chile: Número 42. julio-diciembre de 2014. ISSN electrónico 2145-9355, ISSN impreso 0121-8697. En: *Revista de Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla*, 2014. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.42.5734>.

La primera postura es una abierta protesta contra la orientación legiscentrista de los otros movimientos, porque el derecho no es, únicamente, el estatal sino el derecho vivo.

Frente a las lagunas, en cuanto son proporcionales con el número de palabras y constituyen regla general en la jurisprudencia dogmática y conceptualista, expone que los vacíos jurídicos no se pueden resolver con la propia ley, autoregenerándola o mediante la analogía, porque la ley no define todos los conceptos, y de hacerlo, lo hace mediante conceptos indefinidos. El derecho no puede disciplinar todo, no tiene plenitud, de modo que deben resolverse las lagunas mediante la creación y utilizando fuentes formales diferentes a la ley.

Concerniente con la derrotabilidad de la ley, en cuanto compete al juez debe prescindir de ella; y en efecto, analizando metafóricamente la cuestión, *“su concepción acerca de la ciencia jurídica propone menos Sherlock Holmes y más jueces Holmes. Y sus ideas acerca del Rol y Formación del Juez no hacen otra cosa que anticipar al juez Hércules: no hay más garantía de justicia que la personalidad del juez”*¹⁰².

En lo relativo a las lagunas axiológicas, no es que falte o no una norma jurídica para resolver el caso propiamente tal, sino que la misma o el ordenamiento carece de una que sea justa o satisfactoria materialmente, está ausente de elementos valorativos según el intérprete, en cuanto no oferta justicia o equidad en los resultados y, por tanto, el derecho libre debe derrotar al derecho legal porque éste es materialmente incorrecto. Es ésta, precisamente, la veta frontal de ataque a la exégesis y al conceptualismo geométrico, por la existencia de lagunas normativas formales, en cuanto el ordenamiento es incompleto o, por la presencia de lagunas normativas materiales o axiológicas porque el ordenamiento es incorrecto o injusto y, por consiguiente, es atribución del juez, resolverlas en la sentencia, porque el derecho es libre y vivo.

Lo relevante de este pensamiento estriba en el hecho de que se equivocan todos quienes creen que la ley ofrece todas las respuestas porque el pensamiento legislativo no es completo, más bien cada palabra encierra una laguna. Por ello, con acierto esta corriente reacciona contra las ortodoxia franco-germana. Las respuestas se hallan no únicamente en la ley, de modo que los vacíos de la ley no pueden llenarse por analogía, sino acudiendo a elementos o fuentes extralegales. De modo que los jueces son bastión del progreso judicial, pero han de tener una gran formación cultural y social para impartir justicia.

2.6.4 Jurisprudencia sociológica

Esta modalidad tiene sus antecedentes remotos en Max Weber¹⁰³ y en Emile Durkheim; posteriormente, en los aportes que desde la sociología han realizado al Derecho, por medio de Talcott Parsons, quien puede ser considerado el fundador

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Pueden hallarse sus propuestas en su obra *Economía y Derecho*.

de la sociología jurídica. Desde allí se proyectó en las escuelas de derecho hacia la jurisprudencia sociológica.

Pionero en Norteamérica fue Oliver Wendell Holmes, quien a través de sus votos particulares como magistrado de la Corte Suprema de E.U., difundió la sociología. Como consecuencia, en los años veinte surgió el *"realismo jurídico americano"*, liderado por Llewellyn, J. Frank, W. W. Cook, Oliphant, y otros, preocupados por estudiar el derecho vigente.

Se considera a Roscoe Pound, exdecano de la facultad de Derecho de Harvard como el padre de esta tendencia. En este contexto, se halla la jurisprudencia sociológica de L. Brandeis, Holmes¹⁰⁴ y Benjamín N. Cardozo, autores del realismo jurídico, quienes defienden esta disciplina como la única ciencia jurídica posible, que sustituiría todas las otras jurisprudencias. Según Kelsen, esta jurisprudencia se preocupa por la conducta y, en consecuencia, por la eficacia del derecho apoyada en elementos psicologistas y empiristas, en referencia a una conducta *"real"*, en procura de obtener reglas *"reales"* que efectivamente determinen el comportamiento de los tribunales y que, como disciplina procure sustituir a la ciencia del derecho como única disciplina científica para analizar el objeto de derecho.

Roscoe Pound, también forma parte de la serie de tendencias reformistas que reaccionaron contra el derecho tradicional, tanto en Europa como América, preocupadas por reformular el concepto y la práctica del derecho, subrayando los aspectos sociales, sociológicos o jurisprudenciales, antaño desdeñados. Pound en *"(...) su obra trató de construir una teoría del derecho cercana a la realidad de la sociedad que debía regir pero sin caer en los "escepticismos" (frente a las normas y frente a los hechos) del realismo jurídico posterior"*¹⁰⁵. Con acierto critica el sistema tradicional de fuentes, que hace énfasis en el manejo diario de los incisos, como *"materiales obligatorios del derecho"*, porque *"(...) [e]l derecho es más complejo que un conjunto de reglas, pero tampoco es tan heterogéneo como para creer que sean fuentes de derecho todos los factores que ocurren en la sala de audiencias"*¹⁰⁶; donde, sin embargo, en una proporción grande tienen incidencia los acontecimientos de la vida diaria, las técnicas y los ideales jurídicos reconocidos.

Pacheco caracteriza la jurisprudencia sociológica de la siguiente forma:

"(...) constituye una dirección de pensamiento semejante a la de la escuela alemana de la Jurisprudencia de Intereses, pero con una precedencia cronológica respecto de ésta, y con matices originales, así como una influencia muy vigorosa y de enorme alcance no solo sobre el pensamiento jurídico anglosajón, sino también sobre el

¹⁰⁴ Oliver Wendell Holmes, Juez de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, quien, a juicio de Radbruch, fue el más grande jurista norteamericano de su tiempo. RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 73.

¹⁰⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis, 2000. p. 142.

¹⁰⁶ POUND, Roscoe. Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law, 7 Tulane Law Review 477 (1993), citado y traducido por LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis, 2000. p. 145.

*desenvolvimiento efectivo del Derecho positivo con los países de la lengua inglesa (...)*¹⁰⁷, pero también con incidencia en Europa continental.

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes:

1. La interpretación y aplicación de las normas jurídicas no puede realizarse exclusivamente por medio del razonamiento inductivo.
2. Deben tenerse en cuenta las realidades sociales, las necesidades concretas, los sistemas políticos y las convicciones.
3. Entre otros métodos se deben utilizar para dictar sentencia: la deducción lógica, el método histórico del desenvolvimiento de una institución jurídica, la evolución de las costumbres y de las convicciones sociales, los principios de justicia y de equidad social.

Según Roscoe Pound el programa de la jurisprudencia sociológica debe comprender los siguientes puntos:

“1. La investigación sobre los efectos sociales de las instituciones y doctrinas jurídicas; 2. Estudio sociológico sobre las realidades actuales para la preparación de la tarea legislativa; 3. Estudio sobre los medios adecuados para hacer que lo preceptos jurídicos tengan eficacia en la realidad; 4. Una historia jurídica sociológica, para averiguar la situación social en la cual se produjo una norma jurídica, con el fin de enterarnos de si esa norma es digna o no de sobrevivir; 5. Estudio del método jurídico, es decir, de los factores psicológicos y de otra índole, y de los ideales que actúan sobre la función judicial; 6. Reconocimiento de la importancia máxima que tiene el hallar una solución justa y razonable de los casos concretos, tanto en el ámbito del derecho privado, como también en los campos del Derecho penal y administrativo”¹⁰⁸.

Y finaliza el maestro Pound, con la caracterización de dos aspectos más de la jurisprudencia sociológica, el papel de la administración y su laborío para eliminar los anacronismos en la ley, junto con la eficacia como eje central del derecho, “7. *El establecimiento de un Ministerio de Justicia encargado de redactar proyectos de ley, con el fin de corregir los anacronismos que persisten en el campo del Derecho privado.*” 8. *Esforzarse en hacer más eficaz de hecho la realización de los fines del derecho*”¹⁰⁹.

Benjamín Cardozo, otro representante de esta tendencia, pone de presente la incidencia en la decisión judicial, de los procesos mentales conscientes y los subconscientes; entre los cuales, los segundos ejercen una influencia decisiva. Y desde su experiencia judicial considera que la labor judicial no es mecánica o rutinaria “(...) *pues siempre se plantea el problema de interpretar la norma aplicable al litigio planteado. Ahora bien, la tarea interpretativa es siempre algo más que el mero buscar y descubrir un sentido*”¹¹⁰.

¹⁰⁷ PACHECO, Máximo. *Teoría del derecho*. 4ª ed. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1990. p. 383.

¹⁰⁸ PACHECO, Máximo. *Teoría del derecho*. 4ª ed. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1990. p. 385.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ LEGA, Jact. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XVII. Buenos Aires: Ed. Driskill, 1982. p. 630.

De tal modo que el juez debe indagar cuál fue, por ejemplo, la intención del legislador o la de la ley. Alude precisamente a cuatro métodos en el proceso mental de dictar sentencia “(...) 1) *El método de la progresión o deducción lógica*; 2) *El método de buscar inspiración en la línea de desenvolvimiento histórico de una institución jurídica*; 3) *El método de atenerse a los datos de las costumbres y de las convicciones sociales vigentes*; y 4) *El método de inspirarse en consideraciones de justicia y de bienestar social*”¹¹¹.

La lógica, en su criterio, es necesaria, pero limitada, porque el juez, además debe ser imparcial. Se debe ser congruente, de tal modo que casos iguales no se fallen en forma opuesta.

El método histórico o evolutivo se justifica porque algunas instituciones o casi todas se han desarrollado sin seguir una línea lógica sino como producto de situaciones y necesidades sin concatenación lógica.

“(...) *El método mencionado por Cardozo consistente en tomar en consideración puntos de vista de justicia y de bienestar social, engranados con un concienzudo estudio sociológico de los intereses que se contraponen en el pleito. Ahora bien, este no es solamente un nuevo método a añadir a los otros, sino que es algo más, es también el punto de vista que debe decidir sobre cuál deba ser el método que se emplee en cada caso* (...)”¹¹².

Esta corriente se emparenta con el realismo jurídico y su trascendencia frente a la jurisprudencia estriba en el hecho de que los jueces han de adoptar herramientas que vayan más allá de la ley, tales como la sociología, porque no son meros autómatas en la aplicación del derecho legislado. La vida diaria es tan amplia, dinámica y rica que supera los dogmas jurídicos, de tal manera que hace énfasis en los hechos y en los casos específicos, puesto que la ley está en ellos y no tanto en los razonamientos lógicos legislativos. Por esto, la tendencia se emparenta en forma notoria con la Escuela del Derecho Libre y con la teoría finalista como, por ejemplo, con pensamiento, de Ehrlich. Pero también caben en esta corriente Alf Niels Christian Ross (Copenhague, 10 de junio de 1899 – 17 de agosto de 1979), filósofo del derecho danés, vinculado con el Realismo Jurídico Escandinavo quien ve el derecho con criterio realista y sociológico.

2.6.5 Jurisprudencia normativista de Kelsen: ciencia empírica y descriptiva del derecho

Es la tendencia jurisprudencial del normativismo de Kelsen, cuyo objeto de estudio es la validez del derecho y, entre otras tesis, la facultad del juez para crear derecho cuando no haya norma preexistente. En términos del teórico: “(...) *el tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho contenido en la ley, en la norma*

¹¹¹ LEGA, Jact. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XVII. Buenos Aires: Ed. Driskill, 1982. p. 630.

¹¹² *Ibíd.*

general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el sentido auténtico de la palabra¹¹³, de modo que el juez se torna en un auténtico creador de derecho, de tal manera que "(...) la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace"¹¹⁴. Tal como acontece en la premisa mayor, integrada por dos hechos concatenados "–condición y consecuencia-¹¹⁵", los cuales van unidos por la ley en el dominio de lo general, en el mismo sentido cuando se avanza a la segunda premisa, en lo concreto "(...) tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencia judicial¹¹⁶" que se transforma "(...) en norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual"¹¹⁷, por ello es equívoco notorio y un prejuicio, considerar que "(...) todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con ley pueden obscurecer una idea tan evidente"¹¹⁸, la posibilidad creadora del Derecho por parte del juez.

Kelsen, padre del control constitucional concentrado de las leyes, plasmado inicialmente en la Constitución Austríaca de 1920¹¹⁹, frente a la jurisprudencia como fuente formal, defiende, sin reticencia, un juez como creador de derecho al aplicar las normas jurídicas al caso concreto. Aquí es importante resaltar su trabajo, "*La garantía jurisdiccional de la Constitución*", abordando la justicia constitucional, cuya trascendencia estriba en que su posición da pie para su polémica con el jurista, C. Schmitt, de tendencia nazista para quien el garante de la guardianía constitucional no es un tribunal colegiado constitucional sino el *Führer*.

Su tesis se aleja de la visión conceptualista de la jurisprudencia, porque esta tendencia dogmatiza los conceptos para la realización del sistema jurídico, pues, de alguna manera, impide el papel creador del derecho por parte del juez, al considerar que el conocimiento del sentido de las normas jurídicas se basta para colmar las lagunas jurídicas. En Kelsen, por el contrario, el juez como órgano de aplicación de las normas, supera las lagunas creando normas jurídicas concretas, de este modo, no fortuito el subtítulo introductor que incluye en su obra central a la función judicial: "*El carácter constitutivo de la sentencia judicial*"¹²⁰.

¹¹³ KELSEN, Hans. *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Zaragoza: Editorial Reus, 2009. p. 69-70.

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ KELSEN, Hans. *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Zaragoza: Editorial Reus, 2009. p. 69-70.

¹¹⁹ Fue aprobada el 1º de octubre de 1920 como Ley Fundamental de la denominada Primera República de Austria, cuyo texto, media entre la tendencia socialdemócrata y socialcristiana. Para lo pertinente, Kelsen en 1919 fue encargado de redactar un borrador, y posteriormente asesoró un subcomité constitucional para debates que se surtieron para el efecto.

¹²⁰ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Trad. Roberto Vernengo. 4ª ed. México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1981. p. 258.

Más que piramidal desde la *grundnorm* (la norma constitucional), el sistema kelseniano es, por antonomasia, diseñado con la peculiaridad central de “(...) *regular su propia producción*”¹²¹ normativa que avanza desde las normas constitucionales hasta la sentencia judicial. Se trata, por lo tanto, de una construcción formalmente delegante de competencias normadoras y de poder a una autoridad creadora, mediante un esquema escalonado y creador del objeto de conocimiento en forma dinámica, pero abstracta, lógicamente mediante reglas dependientes unas de otras en forma descendente, al realizarse por conexiones articuladas, que parten de una hipótesis fundante y creadora, que siguen en eslabones que se van concretando y reproduciendo, formando al mismo tiempo, un sistema cerrado que se reproduce y recrea a sí mismo¹²².

Es precisamente dentro de este sistema como aparece el juez, con la decisión judicial debidamente engranada, con una tarea dispensadora y creativa de disposiciones, exponiéndose como un prototipo de una interpretación auténtica, motor en la aplicación y génesis del Derecho, productor de normas generales, de las resoluciones jurisdiccionales de conflictos y de situaciones administrativas en coherencia con todo el sistema kelseniano. En este contexto, la definición de Constitución, a costa de ser pleonástico, es concluyente: “(...) *Por constitución se entiende aquí, la constitución en un sentido material, es decir: con esta palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales*”¹²³.

Así, desde la teoría kelseniana, hay indeterminación en la premisa mayor, acaeciéndose algo parecido a las leyes marco, cuadro, plan o programa en medio de las cuales el juez selecciona la pertinente para en función creativa, aplicarlas a los hechos contribuyendo a perfeccionar el orden jurídico, regularizándolo dentro del sistema piramidal o escalonado, ante la insuficiencia de las normas superiores.

*“Un tribunal -sostiene Kelsen-, en especial un tribunal de última instancia, puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, son también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente. Es decir, cuando la solución judicial de un caso concreto se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales”*¹²⁴.

En términos kelsenianos cuando el derecho es aplicado se establece el sentido de la norma y, por lo tanto, se está interpretando. La interpretación “*es un procedimiento espiritual que acompaña el proceso de aplicación del derecho, es tránsito de una grada superior a una inferior*”¹²⁵. Y como son diferentes los agentes que intervienen en la interpretación del derecho, distingue entre la que hace el

¹²¹ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Trad. Roberto Vernengo. 4ª ed. México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1981. p. 232.

¹²² *Ibíd.*

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Trad. Roberto Vernengo. 4ª ed. México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1981, p. 258.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 349.

órgano jurídico de aplicación del derecho y los demás intérpretes; pero la única auténtica¹²⁶, es la realizada por el órgano de aplicación del derecho. En palabras de Kelsen: “(...) *Es la que crea derecho. Por cierto, se habla de interpretación auténtica cuando la misma adopta la forma de una ley, o de un tratado internacional, tiene carácter general, es decir, creando derecho no solo para un caso concreto, sino para todos los casos iguales, y ello, cuando el acto considerado como interpretación auténtica constituye la producción de una norma general (...)*”¹²⁷.

Para enfatizar con rigor la función creadora en toda su extensión por parte de los órganos de aplicación del derecho, agrega: “*Pero también es auténtica, es decir, creadora de derecho, la interpretación realizada por un órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto, es decir, cuando el órgano produce sólo una norma individual o ejecuta una sanción*”¹²⁸. Ese acto de creación puede ser de contenido general o de una norma jurídica de carácter individual y concreto, de modo que: “(...) *tan pronto el acto del órgano de aplicación de derecho no puede ser dejado sin efecto, por haber adquirido cosa juzgada*”¹²⁹, y añade, “*Que muchas veces se cree nuevo derecho por vía de semejante interpretación auténtica -especialmente por los tribunales de última instancia- es un hecho bien conocido*”¹³⁰.

En Kelsen, la jurisprudencia de carácter normativo, es una disciplina particular del derecho diferente de la teoría de la justicia y de la sociología, por ello, precisamente, identifica la jurisprudencia normativa como la ciencia del derecho mismo, cuyo objeto son los enunciados normativos o el conjunto de conocimientos sistematizados del orden jurídico; su contenido es el sistema de normas generales e individuales que determinan cómo deben comportarse los sujetos de derecho y, por lo tanto, no se refiere a los hechos o a las conductas reales o fácticas, porque éstos o éstas, son más bien el contenido de las normas, tampoco fija derechos o deberes. Es de contenido descriptivo, no son normas porque éstas provienen de la autoridad creadora del derecho o de ellas y son las que fijan los derechos y las obligaciones. Estudia normas, no conductas o comportamientos reales.

Considera que es erróneo enmarcar o clasificar a la jurisprudencia sociológica como una disciplina empírica o descriptiva del ser que propugna por la eficacia; en oposición a la jurisprudencia normativa, caracterizada como disciplina no empírica, porque lo empírico se asocia con la metafísica y la experiencia, y por lo tanto, se ocupa del deber ser, procurando la validez.

Ahora bien, cuando se habla de la jurisprudencia normativa se debe entender aquella cuyo “(...) *objeto está constituido por normas y no por tipos de comportamiento real. Los enunciados por medios de los cuales describe las normas en su conexión específica dentro de un ordenamiento jurídico, no son a su vez*

¹²⁶ *Ibidem*, p. 354.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 354.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 354.

¹²⁹ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Trad. Roberto Vernengo, 4ª ed. México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1981. p. 355.

¹³⁰ *Ibid.*

*normas. Estas solo pueden ser expedidas por las autoridades encargadas de la creación del derecho*¹³¹.

Por esa razón, resulta relevante distinguir las normas jurídicas propiamente dichas, las cuales son “(...) *producto del proceso de creación jurídica (...)*”¹³², de la jurisprudencia cuyo objeto son las enunciaciones normativas, de modo que el derecho no se identifica con la ciencia jurídica, porque a “(...) *menudo se habla de derecho cuando solo se hace referencia a una determinada doctrina jurídica. Este rasgo de nuestra terminología no deja de tener un trasfondo político. Hállase conectado con la pretensión de la jurisprudencia de ser reconocida como fuente de derecho, pretensión característica de la doctrina del derecho natural e irreconciliable con los principios del positivismo jurídico*”¹³³.

De la misma forma, la jurisprudencia normativa describe el derecho desde el punto de vista externo pero sus enunciados son juicios sobre el deber ser, mientras la sociología jurídica se refiere al ser. Es decir, “*En los enunciados de la ciencia natural, en las leyes de la naturaleza, la condición se encuentra unida a la consecuencia por el verbo ser; en los de la jurisprudencia normativa, en las reglas del derecho, usado el término en un sentido descriptivo, la condición se encuentra conectada con la consecuencia por medios de la expresión deber ser*”¹³⁴.

En ese sentido “(...) *El profesor de Berkeley-apunta Ricardo Lara- sostiene que la teoría pura del derecho reconoce a la jurisprudencia sociológica, pero se rehúsa a ver en ella la única ciencia del derecho, como lo hacen muchos de sus expositores*”¹³⁵. Pero ¿cuál es la diferencia? Simplemente la jurisprudencia sociológica se mantiene en forma paralela a la normativa, y no se puede reemplazar una por otra porque abordan asuntos diferentes e irreconciliables, por cuanto, reitera e insiste Kelsen, la jurisprudencia normativa aborda el orden jurídico desde el deber ser, mientras la jurisprudencia sociológica el conocimiento lo dirige hacia el ser, al “(...) *es real*”. *La jurisprudencia normativa versa sobre la validez del derecho; la jurisprudencia sociológica sobre su eficacia, pero, así como la validez y la eficacia son dos aspectos diferentes del derecho, del mismo modo existe distinción entre la jurisprudencia normativa y sociológica*”¹³⁶.

Muchos críticos relacionan la teoría del positivismo jurídico aquí expuesta desde la perspectiva jurisprudencial, con una visión allegada a la escuela exegética o al dogmatismo. Aun cuando puede señalarse que todas estas corrientes son deductivistas, ni Kelsen ni Hart, confunden el Derecho con la ley, propuesta dentro de la cual se hallan aquellas tendencias. En los positivistas del siglo XX, la ley es

¹³¹ KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. 4ª ed., México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1988. p. 194.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ LARA MARÍN, Ricardo. *El concepto de la jurisprudencia en Francisco Suárez y Hans Kelsen*. En: *Revista en el arcervo BVJ*. [en línea]. México: UNAM p. 685. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11425/10472>

¹³⁶ *Ibíd.*

relevante pero el juez desarrolla un papel activo y dinámico porque la misma concepción lo autoriza para crear normas en sentido general y en sentido particular.

Cuando hay acercamiento, por ejemplo, a las tesis sostenidas por Hart, la decisión judicial no es mecánica, de simple elaboración silogística, porque es en ocasiones discrecional, ante los casos difíciles¹³⁷. En estos eventos, el juez debe tomar una alternativa autónoma e independiente, razón por la cual, no está obligado a aplicar la ley, sino que debe ser creativo. Pero, no se trata, la posición de Kelsen, propiamente de la tesis de la discrecionalidad hartiana, una postura, aislada en el marco del positivismo jurídico, porque la labor del juez de Kelsen debe ser coherente con el ordenamiento jurídico dentro de las posibilidades de la norma constitucional.

“(…) De igual forma, Kelsen, asume también que la interpretación es una actividad discrecional del juez quien, por medio de una opción valorativa, crea una norma singular dentro del marco de posibilidades que inevitablemente le brinda la norma superior. El acto judicial es entonces para Kelsen una decisión, y no una actividad puramente cognitiva, pues una norma inferior como la sentencia no puede ser lógicamente deducida de otra superior como la ley; es necesaria siempre la mediación de la voluntad humana (…)”¹³⁸.

Esta perspectiva es compatible con la propuesta de Hart sobre la “*textura abierta del ordenamiento*”, de modo que, como es obvio, existen “*zonas de penumbra*”, y como el sistema normativo no lo contiene todo, no es cerrado, no es completo, ni puede prever soluciones para todos los casos concretos, corresponde la juez llenar creativamente los vacíos. En efecto, “*La textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los Tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso (…)* en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los Tribunales desempeñan una función productora de reglas”¹³⁹.

¹³⁷ Kelsen y Hart consideran que el Derecho y la Moral están separados, porque todos los casos para efectos de su solución se anclan en la ley, empero, memorando a Hart, en el *Concepto de Derecho*, frecuentemente surgen en la vida diaria para el juez, casos difíciles, los cuales no se pueden resolver exclusivamente con las reglas jurídicas, y por lo tanto, en todas esas hipótesis, el juez se margina del sistema de reglas y debe decidir discrecionalmente, elaborando una decisión novedosa, de tal modo que resulta inadmisibles la posición de la exégesis, de que toda norma sólo admite una interpretación correcta, por ilusa y acientífica. Por ello, desde la perspectiva iusnaturalista, Dworkin opone el Juez Hércules al Juez Hart para debatirlo, pasando a señalar y demostrar que los jueces si pueden para todos los conflictos otorgar una única solución correcta, apoyado en principios y valores del ordenamiento, en procura de oponerse a la solución hartiana. La respuesta planteada por Hart en los casos difíciles, el juez debe hallarla basándose en la discrecionalidad, producto de los vacíos jurídicos del ordenamiento, ya que en el derecho positivo no se encuentran todas las respuestas, de manera que, el juzgador decide desde su criterio personal creando una regla para aplicarla al caso en concreto, restándole valor normativo a los principios y valores. En ese contexto, Dworkin rechaza la posibilidad legisladora del Juez, pues desbordaría sus atribuciones, función propia de los legisladores quienes, si son elegidos recibiendo mandato expreso de los electores para elaborar leyes, encargo no autorizado para los jueces, y a quienes no se les puede extender.

¹³⁸ BOTERO URIBE, Darío. *Hermenéutica jurídica*. Ed 1. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1997. p. 130.

¹³⁹ HART, Herbert. *El concepto de Derecho*. Trad. G. Carrio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968. p. 168-164.

En Kelsen y, en general, en los positivistas, la norma constitucional es abierta y admite muchas posibilidades creativas en la función judicial:

*“La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar”*¹⁴⁰.

Ahora, la posición positivista en su versión clásica o neopositivista, no es que represente un modelo de activismo judicial; simplemente, las decisiones judiciales forman parte de la dinámica propia del ordenamiento jurídico, sin que las decisiones de los jueces sean exclusivamente la fuente jurídica.

En su obra, Teoría General del Derecho y del Estado, aludiendo Kelsen, a la diferencia de los enunciados entre una y otra jurisprudencia, caracteriza: *“Sin embargo, este no es el caso. La razón está en que la jurisprudencia normativa afirma la validez de una norma o, lo que es lo mismo, su existencia, únicamente cuando el precepto pertenece a un orden jurídico que, considerado en su totalidad, es eficaz, o sea cuando las normas de este son, en la mayoría de los casos, obedecidas por los sometidos al propio orden o, en la hipótesis de la desobediencia, aplicadas la mayoría de las veces por los órganos estatales”*. En ese sentido:

“Los preceptos que la jurisprudencia normativa considera válidos, son normas ordinariamente obedecidas o aplicadas. Las reglas por medio de las cuales la jurisprudencia sociológica describe el derecho, los juicios enunciativos que predicen lo que los tribunales realmente harán en ciertas circunstancias, difieren, por consiguiente, de las enunciaciones sobre lo que debe ser, de las reglas jurídicas con las cuales la jurisprudencia normativa describe el derecho, solo en el sentido de la conexión entre condiciones y consecuencias”¹⁴¹.

Cuando desde una construcción teórica determinada, enfrentamos la visión de la jurisprudencia sociológica frente a la normativa propuesta por Kelsen, nos hallamos con dos visiones dispares pero complementarias para la construcción de la jurisprudencia. Ello traduce que, en la práctica jurídica diaria para el juez, el análisis o la conceptualización de jurisprudencia no puede ser unívoca. En las dos visiones se puede interpretar con relación a la primera, la existencia de una corriente sociológico-realista ligada con elementos extrasistémicos, anudados a las causas sociales o, si se quiere, con elementos empíricos. En esa perspectiva, la sentencia y la jurisprudencia como el arsenal de ellas permiten advertir que son muchos los elementos exógenos que, en forma manifiesta, determinan ese quehacer jurídico. Es decir, una sentencia no se forja exclusivamente con elementos normativos en el presente.

¹⁴⁰ BOTERO URIBE, Darío. *Hermenéutica jurídica*. Ed 1. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1997. p. 130.

¹⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. 4ª ed. México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1988. p. 201.

La visión normativa, vista como un conjunto de reglas válidas, se asimila a sí misma como ciencia normativa, con abstracción de elementos sociológicos o del derecho natural o de cualquier otra clase. Se concibe únicamente como un razonamiento cerrado, visto y lleno de contenido normativo, desentendido de la realidad social. Se le ve pura, no empírica, mero deber ser; repudia elementos que, en realidad en forma determinante, influyen en ella.

2.6.6 Jurisprudencia de principios, valores y derechos

Finalmente, podemos hablar de una jurisprudencia de principios, valores y derechos. Algunos representantes de la jurisprudencia de intereses se refieren a los valores, interpretando los intereses con un amplísimo sentido. El Estado Constitucional y Social de Derecho reclama una jurisprudencia desde los principios, valores y derechos, variando el fundamento de la reflexión, porque ha de asentarse esencialmente en la supremacía constitucional.

Por lo tanto, lo epistemológico, lo lógico, lo político y lo ético, deben constituir el fundamento para que, compaginados, reorienten la reflexión jurídica. El juez no es un autómatas, sino que debe dar significado a las normas y conceptos en Estado Social y Constitucional de Derecho. El juez debe poner en sintonía su decisión con los valores, con las necesidades sociales desde los apuros y problemas diarios. No se trata de construir una jurisprudencia exclusivamente de conceptos, porque la jurisprudencia o el derecho no son exclusivamente conceptos, fórmulas, abstracciones, sino una disciplina relacionada con sujetos de derecho entrelazados en una permanente cara a cara, pero que, de manera directa o indirecta, inciden en la construcción de un sistema democrático incluyente.

3. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO¹⁴²

3.1 EL CONCEPTO DE DERECHO

El derecho es una disciplina dinámica en permanente creación y cambio. En perspectiva normativista y formal, es un conjunto de reglas o de normas jurídicas que regulan las relaciones de los seres humanos para lograr la convivencia, la paz y la justicia, las cuales deben ser cumplidas por los sujetos que forman parte del ordenamiento, *so pena* de ser exigidas mediante la coacción o la fuerza estatal. Puede entenderse también, como el conjunto, el sistema de normas coercibles (posibilidad de aplicar la fuerza) que rigen la vida social o las relaciones sociales.

La expresión “*derecho*”, viene de la voz latina *directum*, derivada del verbo *dirigire* que significa dirigir, conducir, guiar. Sin embargo, algunos autores fijan equívocamente, su etimología en *ius*, fuente de los términos, juicio, juez, jurisdicción, judicial, a raíz de una confusión y sinonimia que apareció con el latín vulgar. Cuando utilizamos el término derecho, analógicamente nos estamos refiriendo a normas o leyes que definen lo justo, lo recto, la ley o el conjunto de normas, las facultades que confieren las normas, o la ciencia que estudia el derecho. La expresión *derecho*, entonces, puede tener un sentido particular o una visión específica dependiendo de la corriente filosófica o política que le sirva de fundamento. Hoy, *directum* y *ius* continúan con significados semejantes, como lo justo, lo recto, también como el conjunto de normas (derecho objetivo) y de facultades subjetivas o poderes de los cuales son titulares las personas para proceder rectamente o para satisfacer sus necesidades (derecho subjetivo); de la misma manera, puede entenderse como el conjunto de facultades subjetivas que confieren las normas a los seres humanos.

Pero el derecho no es una categoría neutra, como elemento regulador y moderador de la coexistencia, de la supervivencia y proyección del ser humano y de las sociedades. Puede ser definido dependiendo de las escuelas, teorías del derecho o perspectivas filosóficas particulares desde las cuales se ubique un intérprete determinado. Así desde la posición normativista de los positivistas y neopositivistas (Kelsen y Hart), y sus partidarios, cuando lo conciben como un sistema formal puro que excluye toda explicación extrasistémica de principios; en cambio, desde la concepción que adoptan los iusnaturalistas (tendencia que incluye concepciones antitéticas que van desde ateos a teístas recalitrantes) la construcción jurídica se halla fundada en los más disimiles principios. Otra corriente muy diferente es la del realismo jurídico que aboga, más allá de los problemas teóricos, por la eficacia del derecho.

¹⁴² Analizar las fuentes en el derecho es un tema amplio y complejo, pero a título de información pueden indagarse y revisarse algunas obras: AGUILÓ REGLA, Joseph. *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2000; OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudio sobre fuentes del derecho y método jurídico*. Madrid: Montecorvo, 1982. BONNACASE, Julien. *Introducción al estudio del Derecho*. Segunda edición. Bogotá: ed. Temis, 1982. pp. 74 y ss. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. México: ed. Porrúa, 1982. pp 51 y ss.

Del mismo modo podrían encontrarse otras posiciones análogas o contrapuestas. Autores conocidos, interpretan el derecho como un fenómeno social, entre otros, Emile Durkheim y León Duguit. Las tendencias marxistas lo estudian como un fenómeno de la superestructura, pero determinado por la base o estructura económica de la sociedad como consecuencia de la dialéctica interna entre las fuerzas productivas y las relaciones de producción.

Sin embargo, esta disciplina como instrumento, quehacer y elemento vital para la existencia del ser humano y de la sociedad tanto en pasado, en el presente y en el futuro, no ha sido, no es, ni puede ser, capital exclusivo de una teoría. Tiene unos elementos de los que emerge, nace o se engendra, para día a día reconstruirse y responder a las necesidades individuales y sociales de supervivencia del hombre y de su propio entorno, al desarrollo de las culturas y de las sociedades mismas, como consustancial a su organización. Ello, porque el hombre solitario es una mera ficción, y apenas entra en contacto con otro humano, intersecan, colisionan, se asocian o se distancian, y se hace necesario fijar pautas, normas, criterios, acuerdos, consensos externos para la convivencia, la coexistencia o cualquier tipo de relación intersubjetiva.

3.2 ESTADO – NACIÓN, REVOLUCIÓN FRANCESA Y FUENTES FORMALES

La revolución francesa es una de las bases principales en la construcción de la democracia moderna, dio lugar a un giro copernicano, por virtud del cual el soberano ya no es el monarca o el rey como centro del ideario político y social, sino el pueblo¹⁴³, de tal modo que la soberanía ya no se radica en el soberano, ni en Dios, ni viene de la nación sino del pueblo¹⁴⁴. Las mayorías, los campesinos, los siervos de la gleba, los fieles, la naciente clase trabajadora, todos, venían de ser despojados y vituperados por la autoridad, el papado y los reyes, engendrando la lucha contra el Estado absolutista y monarquista, cuyo resultado se tradujo en la construcción del Estado del pueblo, como rescate de la autonomía de la voluntad¹⁴⁵, porque en la nueva versión filosófica, la Nación, la ciudadanía, el ser humano, son los sujetos quienes construyen la historia¹⁴⁶. Se refunda, entonces el Estado, partiendo del

¹⁴³ Juan Jacobo Rosseau defensor del principio filosófico y político de la voluntad general.

¹⁴⁴ Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836), conocido también como Conde o abate Sieyès, fue sacerdote, diplomático, convencionalista, cónsul, teórico de la revolución francesa de 1789, colaboró en la redacción de la *“Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”*; defendió la tesis de la soberanía depositada en la Nación, compuesta por los ciudadanos que se rigen por una misma ley; y publicó las *Consideraciones sobre los medios de actuación de los cuales podrán disponer los representantes de Francia en 1789*, exponiendo las bases de su pensamiento; también escribió el *Ensayo sobre los privilegios* y el conocido escrito político de carácter panfletario: *Qu'est-ce que le tiers état?, en español ¿Qué es el Tercer Estado?*.

¹⁴⁵ Emmanuel Kant quien tanto en las *Crítica de la Razón Pura*, *Crítica de las costumbres* y *Metafísica de las Costumbres* postula el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, no pueden olvidarse la aparición de las obras y las respectivas filosofías que irrumpen contra el viejo orden: Francis Bacon con el *Novum organum*, René Descartes con el *Discours de la méthode*, Thomas Hobbes con *El Leviatán*, Charles de Secodant, barón de Montesquieu con el *Esprit des lois*, todos pensadores influyentes para socavar los cimientos del feudalismo y desarrollar la ciencia que practicaban.

¹⁴⁶ Superadas la fase feudalista o providencialistas donde desde una concepción teocéntrica se construye el mundo, espacio en el cual, la Divina Providencia es la determinante de todo el acontecer

individuo, motivo por el cual el gobernante puede ser revocado, naciendo esta cláusula de oro de la democracia, como baluarte de los mecanismos de participación: La revocatoria del mandato.

Algunos fincan la identificación de derecho con la ley, partiendo del Código Napoleónico de 1804, redactado por la comisión presidida por Jean Etienne Marie Portalis, obra también conocida como el Código Civil francés o *Code Napoleon*¹⁴⁷, el cual rigió desde el 30 de ventoso¹⁴⁸ del año XII (20 de marzo de 1804). Esta construcción jurídica, a más de constituir un monumento del capitalismo en gestación dentro del movimiento codificador del siglo XIX, y cuyo cuarto proyecto, fue el definitivo, es obra de la comisión designada por el Primer Cónsul y que se integró con Francois Denise Tronchet, Jacques de Maleville, Félix Julien Jean Bigot de Prémeneu y Jean Etienne Marie Portalis, y de la que inclusive, formó parte, el mismo Primer Cónsul. Consagró en su artículo 4, la prohibición expresa para el juez de dejar de resolver un asunto *so pretexto* del silencio o insuficiencia legal: *“le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”*. Esta premisa es trascendente porque crea y permite la interpretación judicial, y, abre paso a la *“ratio judicial”* para concretar la finalidad de la ley y resolver el caso concreto.

Más allá del contenido jurídico y político de la línea codificadora de los franceses, la regla 4 trasuntada impone una relectura de las fuentes formales del derecho, por cuanto la mayoría de la literatura jurídica considera que el proceso de codificación

humanos o social, hay un tránsito hacia una interpretación de la historia en términos humanistas con Descartes, Hegel y el propio Kant.

¹⁴⁷ Así se lo denomina en la edición de 1807. Con antelación se había promulgado ya el Código Prusiano de 1794, llamado Código General de los Estados Prusianos. Sin embargo, el Código de Napoleón, inspirado en la Revolución Francesa, es el primer estatuto civil de la edad contemporánea que busca unificar el sistema romano de los países de derecho escrito. La ideología de la revolución francesa, materializada desde la perspectiva jurídica en el Código Napoleónico, funda el Estado Nación, unifica la legislación para todo el territorio francés, aniquila los códigos regionales, rediseña la racionalidad jurídica de los propietarios bajo el criterio individualista del omnímodo poder de la autonomía de la voluntad. A pesar de sus defectos, es plagiado, adaptado o impuesto en diferentes nacionalidades. Chile, bajo la égida de don Andrés Bello, lo aprueba en noviembre de 1855 por Ley de 14 de diciembre de 1855, para regir a partir de 1 de enero de 1857, pero dividiéndolo ahora, en cuatro libros; no obstante, hay inserción de otras corrientes jurídicas, como la alemana y la española. La adaptación chilena, es recogida en Colombia, primero, por el Estado Soberano de Santander en 1858, por intermedio de Manuel Murillo Toro; también, Magdalena, Cundinamarca y otros Estados de la federación colombiana, lo adoptaron posteriormente. A instancias de Manuel Murillo Toro, lo adopta la Unión, el 26 de mayo de 1873, en un primer momento; y ulteriormente, es promulgado de nuevo por el regenerador, Rafael Núñez, por la Ley 57 de 1887 para todo el territorio colombiano, ya unificado, como la República de Colombia.

¹⁴⁸ Ventoso corresponde al sexto mes del calendario republicano francés, que se extendía desde el 19 de febrero al 20 de marzo. El 12 de agosto de 1800 o 24 termidor del año VIII, Napoleón designa la comisión redactora del Código, la cual, el 1 de enero de 1801, presenta un proyecto elaborado, y después de rigurosa revisión, es aprobado legislativamente el 20 de marzo de 1804, finalmente integrado por 2281 artículos, un título preliminar y tres libros a saber: Personas, Bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad, y de las formas de adquirir la propiedad; y Sucesiones, obligaciones y contratos. En ese proyecto, la historia no niega la activa y fructífera participación en la redacción del Código de Jean Jacques Cambecéres. Un interesante análisis de este código, como de su incidencia en otros códigos civiles, lo encontramos en la obra del eminente jurista colombiano, VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil Parte General y Personas*. Tomo I.

francesa arremetió contra la jurisprudencia como fuente formal productora de derecho, prácticamente aniquilándola. Así, por ejemplo, encontramos la opinión de Carlos De La Vega: *“Pedir a un código decimonónico, heredero del de Napoleón y de la Revolución Francesa, hijo de una época positivista, guardián de las libertades y <<seguridades>> de la burguesía triunfante, que entre los intersticios de su frondoso articulado permita aflorar a su seca superficie a la jurisprudencia, es decir, y para algunos, al árbitro judicial, es pensar en lo excusado, pedir peras al olmo”*¹⁴⁹.

El artículo 5 del C.C. francés abogó por vetar el denominado “gobierno de los jueces”, al prohibirles dictar sentencias con alcance general y abstracto, cuando señaló: *“Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générales et réglementaire sur les causes que leur sont soumises”*. No obstante, ello tiene que ver con las sentencias de reglamento o *“arrêts de règlement”*, para que los jueces dicten sentencias a manera de reglamento, con ocasión de un litigio en concreto para conservar la separación de poderes, sin embargo, no está prohibiendo las determinaciones tomadas por las altas Cortes.

Por supuesto, en esa particular concepción de la ley como génesis totalizante, las fuentes formales son interpretadas en sentido individualista y desde el marco restringido de la ley. En similar dirección al de la revolución francesa, con estirpe individualista se hallan las otras revoluciones de sus pares, las de los pueblos latinoamericanos independentistas del siglo XIX, el proceso norteamericano que transitó por una paulatina separación de Inglaterra y la formación de las Colonias de Norteamérica al federarse como República independiente, así como la revolución industrial inglesa.

Todas giraron alrededor del individuo, concebido exclusivamente como ser racional, libre, autónomo e independiente, relegando su papel social; empero, significaron un avance notable en la interpretación del derecho y, especialmente, de las fuentes formales, sin embargo, estuvieron marcadas por un carácter individualista y excluyente del pluralismo en esta materia.

Solamente, bien entrado el siglo XX, fenómenos como las guerras mundiales y los procesos de la postguerra, que implicaron cambios sustanciales en la visión de la vida y del universo de la comunidad mundial, dieron lugar a la aparición e inserción de los denominados Estados de Bienestar Social, y Estados Constitucionales y Sociales de Derecho, a la par de una correlativa reinterpretación de las fuentes. Se trata de una relectura desde la supremacía constitucional, donde aquéllas pasan a ser examinadas a partir de los principios, valores y derechos que prohíjan las nuevas formas de Estado.

La revolución francesa y los acontecimientos políticos, jurídicos y económicos paralelos a la época, incidieron en una lectura del ordenamiento y de las fuentes formales desde la Ley, en términos relativos y, en una hermenéutica desde el

¹⁴⁹ DE LA VEGA, Carlos. *Derecho judicial español*. Madrid: Universidad Carlos Tercero de Madrid Editorial Edijus, 1997. p. 114.

hombre mismo como ser racional en forma individual; sin embargo, con el Estado Constitucional y Social de Derecho se opera un salto cualitativo por cuanto las fuentes formales van a ser conceptualmente repensadas desde la supremacía constitucional, a partir de la Constitución misma, incluyendo el bloque constitucional y teniendo en cuenta los sistemas convencionales de protección de los derechos fundamentales.

3.3 LAS FUENTES FORMALES EN LA PRODUCCIÓN JURÍDICA¹⁵⁰

La génesis del derecho, del sistema jurídico, del orden normativo y del conjunto de normas que regulan las relaciones sociales y el ejercicio de los derechos subjetivos, pero también del poder político, tiene unos principios u orígenes, tradicionalmente conocidas como las fuentes, sean materiales o formales. Las primeras referidas a los fenómenos, a los hechos, a los acontecimientos o a los conflictos económicos, políticos, geográficos, religiosos, sociales y hasta ambientales que dan lugar a la aparición de la norma jurídica, que directa o indirectamente determinan su forma y contenido; en síntesis, toda situación fáctica condiciona la creación de una norma jurídica. Las segundas referidas, al proceso de gestación, creación, debate, expedición, modificación, interpretación, aplicación y derogatoria de las normas jurídicas, “en sí”, “propriadamente tales” en una sociedad dada. En criterio de Harris y Cross, “(...) *la teoría general de las fuentes del Derecho estudia los mecanismos a través de los cuales se crea el Derecho (...)*”¹⁵¹.

En consecuencia, el derecho como disciplina tiene unos formantes¹⁵² o elementos constitutivos que lo nutren, lo generan y lo recrean; de modo que continuamente relanzan el concepto, el significado y la eficacia de lo jurídico en todas las instancias tanto de la sociedad, del individuo como del pensamiento. Los formantes, unos de carácter objetivo y material, determinan la forma y contenido de una estructura

¹⁵⁰ Analizar las fuentes en el derecho es un tema amplio y complejo, pero a título de información pueden indagarse y revisarse algunas obras: AGUILÓ REGLA, Joseph. *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2000; OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*. Madrid: Montecorvo, 1982. BONNECASE, Julien. Introducción al estudio del Derecho. Segunda ed. Bogotá: Temis. 1982, pp. 74 y s.s. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. 1982. Introducción al estudio del Derecho. Editorial Porrúa S. A. México. p. 51 y ss.

¹⁵¹ CROSS Rupert y HARRIS J. W. *El precedente en el derecho inglés*. 3 ed. Trad. de Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 19.

¹⁵² “Formantes activos” o “dinámicos” se entiende el conjunto de fenómenos jurídicos –actos o hechos- que directamente producen derecho (legislación y –con diversas distinciones relativas a la familia jurídica en la cual opera- jurisprudencia), que junto con la doctrina (o más en general con la “cultura”), y con otros formantes explícitos o verbalizados (los llamados criptotipos) concurren a construir los ordenamientos” (PEGORARO, Lucio. *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*. Bogotá: Universidad Libre, 2011, p. 695F). En la lingüística se conocen las categorías abiertas, explícitas o fenotipos, tales como el género o el artículo; y las encubiertas, implícitas o criptotipos. Estos son una realidad semántica, que los lingüistas las asimilan como una metafísica implícita en cada lengua. La expresión formantes, como lo reconoce Pegoraro, también fue utilizada por R. Sacco en “*Legal Formants: a Dynamie Approach to Comparative Law*”. En: *American Journal of Comparative Law*, 1992, núm 32, y p. 343 ss. Empero, aquí los discrimino como objetivos o materiales, refiriéndolos a las fuentes materiales del Derecho, y formantes subjetivos o formales a las fuentes formales.

jurídica o de una construcción jurídico social y política dada; en síntesis, es toda situación fáctica que incide en la creación, transformación o extinción de una norma jurídica. Los segundos formantes de carácter subjetivo y formal, referidos más bien al proceso de pensamiento, los cuales se incardinan directamente al proceso de gestación, creación, debate y expedición, modificación, interpretación, aplicación y derogatoria de las normas jurídicas como tales, en una sociedad dada. Sin embargo, estos formantes o fuentes formales, intrínsecamente están determinados por los elementos materiales y las condiciones económicas de cada época en forma dialéctica y recíproca.

En ese contexto, no es equivocada la posición del neopositivista cercano a Hart, Joseph Raz cuando afirma:

“De hecho, las reglas producidas por las personas (a las que me voy a referir como reglas sociales, sean estas consuetudinarias, legisladas o de otro tipo) raramente se encuentran o surgen aisladas. Típicamente emergen dentro de una estructura institucional y forman parte de un sistema de reglas sociales. Las cosas se simplifican si se ignora este trasfondo y se discuten las reglas como si fuesen algo aislado. Como contrapartida puede darse lugar a confusión. Es correcto atender a una distinción tripartita entre la actividad productora de reglas (...) las reglas jurídicas y el derecho (...). El derecho es el producto de múltiples actos de producción del derecho usualmente distribuidos a lo largo de extensos segmentos temporales, a través de procesos que, lejos de dar lugar a un diseño coherente, son realizados por múltiples cuerpos, sólo parcialmente conscientes de los otros, usualmente persiguiendo fines divergentes e incluso contradictorios”¹⁵³.

Dentro de las fuentes formales encontramos un cúmulo, entre las cuales se hallan: La ley, la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia, los principios generales de derecho, etc.

Ahora, comparando las fuentes materiales y las formales, desde una conceptualización formalista, acudiendo a un símil con García Máynez, puede afirmarse que la relación entre fuentes materiales y formales puede *"explicarse diciendo que las segundas representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las primeras"*¹⁵⁴ y, a partir de una perspectiva realista, Bobbio, expresa: *"los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas"*¹⁵⁵. Muy claro es el concepto de Legaz y Lacambra sobre la cuestión: *"(...) todo acto de creación jurídica constatable de modo indubitable en la experiencia histórica del derecho, por medio del cual una intuición o un pensamiento jurídico es trasmutado en norma de derecho, o por el que una cierta realidad vital social se convierte en realidad jurídica"*¹⁵⁶.

¹⁵³ RAZ, Joseph. *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Traducción de Hernán Bouvier, Pablo Navarro y Rodrigo Sánchez Brígido. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 19-20.

¹⁵⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1982. p. 51.

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 1987. p. 158.

¹⁵⁶ LEGAZ Y LACAMBRA, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch Editores, 1979. p. 345.

Para el derecho inglés los estudios contemporáneos, señalan entre los principales generadores de la producción del derecho al parlamento y a los jueces, por medio de las leyes y los precedentes, respectivamente, con ciertas limitaciones; en efecto:

“En el Reino Unido, las fuentes de Derecho más importantes son el parlamento y los jueces de los tribunales de mayor jerarquía. Así si un abogado inglés quiere conocer cuál es el régimen jurídico aplicable a un caso, lo primero que debe hacer es averiguar si el tema ha sido regulado por una ley, y si ello es así, él mismo deberá ocuparse de consultar la normatividad relevante, habida cuenta de que — de acuerdo con la doctrina de la soberanía del Parlamento— los jueces están obligados a dar efecto a las leyes del Parlamento. Cabe destacar que, para la teoría general del Derecho, dicha doctrina implica que el Parlamento puede crear o modificar el Derecho, sin embargo, en la práctica los poderes del mismo están sujetos a múltiples limitaciones”¹⁵⁷.

De tal forma, que las fuentes formales son los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de “normas jurídicas”; en este sentido, son todos los factores, las fuentes de conocimiento, las operaciones, las actuaciones, los acontecimientos, los fundamentos que permiten estructurar reglas jurídicas abstractas o concretas en forma directa o indirecta, y que, de cualquier modo, le ayudan a tomar las decisiones al juez.

Un análisis integral de las fuentes debe pasar por la contrastación de los códigos civiles decimonónicos y sus descendientes, todos los cuales, incorporan en mayor o menor grado un conjunto de disposiciones que se erigen en su marco conceptual depositado en la parte preliminar, exponiendo reglas abstractas sobre su importancia, gradación o prevalencia, aplicación, funcionamiento y la forma de interpretarlas. En el punto, basta señalar las pautas que dejó en América Latina la obra jurídica del maestro Andrés Bello.

La Constitución colombiana de 1991 alude a ellas en el art. 230 y la Corte Constitucional las caracteriza, exponiendo que pueden “(...) *ser formales o materiales. Las primeras son los cauces por los que se expresa el derecho. Las segundas son los hechos sociales que suministran el contenido del derecho. Ejemplo de las primeras son la ley, los contratos y la costumbre. Ejemplo de las segundas son la economía, la realidad social y política*”¹⁵⁸. En el caso que se ocupó, en esa oportunidad, lo hizo con relación a las “(...) *fuentes formales del derecho*”¹⁵⁹; más tarde, en 1995, diferenció en el campo de las formales, entre fuentes racionales y espontáneas: “*Dos son, esencialmente, los caminos que pueden seguirse en la creación de las normas jurídicas generales: el reflexivo o*

¹⁵⁷ CROSS, Rupert y HARRIS J. W. *El precedente en el derecho inglés*. 3 edic. Trad. de Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. P. 20.

¹⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131. Expediente D-182. (1, abril, 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1991 [consultada el 15 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>

¹⁵⁹ *Ibíd.*

*el espontáneo. El primero da lugar a la legislación y el segundo a la costumbre*¹⁶⁰
El primero entendido como un proceso de deliberación y debate origina la ley, el segundo que fluye de un movimiento espontáneo, anónimo que adquiere fuerza normativa.

Por supuesto, la clasificación de las fuentes implica toma de posiciones filosóficas o ideológicas, por ello, podrían ser primarias o complementarias, materiales o reales, escritas y no escritas, clásicas o contemporáneas; en fin, depende su prevalencia en historia de las regiones, de los grupos sociales, de la evolución del derecho y la misma conceptualización de lo jurídico, cuestión que rebasa los propósitos de esta investigación. En todo caso, es necesario aludir a algunas de las fuentes formales clásicas, compartidas por la doctrina jurídica mayoritaria.

3.3.1 La Ley

Según Montesquieu, en palabras de Radbruch: “(...) *el juez sólo puede aplicar el Derecho estatuido, y para ello "basta con que tenga ojos" para leer, mientras que la función de estatuir el Derecho queda reservada al parlamento*”¹⁶¹. La ley expedida por los parlamentos, las Asambleas legislativas, las Cámaras, los poderes legislativos, ha sido la fuente tradicional más importante en la producción formal del derecho, y ante todo, en el Estado – Nación, surgido de las entrañas del feudalismo. Precisamente la Declaración de los Derechos de 1789, en los arts. 4, 5 y 8, junto con el 6 que literalmente señala:

“La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los Ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, puesto que todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes”¹⁶².

Esta declaración no hace más que dar preeminencia a la norma jurídica, como fuente formal principal, que ubica a los ciudadanos en pie de igualdad frente a la Ley, reflejando el tránsito de Estados absolutistas a Repúblicas democráticas, fundadas en el respeto a los derechos de las personas.

3.3.2 La jurisprudencia

¹⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083. Expediente D-665. (1, marzo, 1995). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>

¹⁶¹ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Reim. 1955. 1ra. Ed. 1951. México: Fondo de Cultura Económica, 1955. p. 71.

¹⁶² ASAMBLEA NACIONAL LEGISLATIVA DE FRANCIA, 1789. *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. DEL VECHIO, Georg. La declaración de derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución francés: Contribución a la historia de la civilización europea. Paris: Librería general de derecho y de jurisprudencia, 1968.

En el capítulo anterior se definió, de manera amplia, la jurisprudencia, denotándola, a pesar de tratarse de un término polisémico, como la serie de decisiones, sentencias, laudos y providencias dictadas por los jueces al resolver casos concretos y que van acumulando doctrinas, líneas jurisprudenciales, y en general, edificando la construcción del denominado “Derecho jurisprudencial”, para los afectos de esta investigación.

Hay algunas tendencias en la interpretación de las fuentes que admiten como la única, a la ley; en cuya perspectiva, pretendieron ubicarse los códigos civiles decimonónicos. Sin embargo, a pesar las serias objeciones que frente a la concepción filosófica del derecho de Kelsen, he planteado en otros escritos¹⁶³, es del caso señalar, que es de pleno recibo, en el análisis actual de las fuentes formales del derecho, la tesis kelseniana, según la cual, el juez crea derecho por medio la sentencia judicial, porque “(...) *el prejuicio de que el Derecho sólo está constituido por normas generales, el ignorar las normas jurídicas individuales ha oscurecido el hecho de que la sentencia judicial es la continuación del proceso de producción de Derecho*”¹⁶⁴. Esto resulta aceptable por cuanto no puede limitarse el concepto de fuente, sino que debe abordarse desde una perspectiva pluralista, porque es un imposible hallarlas, únicamente en los actos normativos de carácter general.

De tal modo que, en este contexto, el juez desempeña una función creadora y, por tanto, la jurisprudencia es una fuente formal de relevancia hoy para la protección de los derechos fundamentales. No se puede concebir al juez como un simple operario u operador como despectiva y peyorativamente lo denominan algunos teóricos y el común de los abogados, porque su función no es una labor mecánica para hacer deducciones desde el texto legal, sino una labor de racionalidad democrática, de prudencia y de análisis para hacer justicia. En consecuencia, no existe un monismo en la producción del derecho desde la ley, así algunos ordenamientos le den primacía jerárquica.

Por consiguiente, como la sentencia en la estructura del ordenamiento es fuente creacional, la jurisprudencia se integra al sistema de fuentes. Si se mira en esta perspectiva, Carlos Cossio, tiene razón cuando habla de la “*plenitud hermética del derecho*”¹⁶⁵, porque un sistema jurídico siempre oferta respuesta a las eventuales controversias o incertidumbres, de manera que, no existen lagunas, si se adopta una postura ecléctica y pluralista en materia de fuentes.

3.3.3 La doctrina

¹⁶³ TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. *Teoría y técnica de la Casación*. 2da ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2008. Introducción p. 3-10.

¹⁶⁴ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*. Trad. de Roberto J. Vernengo de la edición alemana de 1960. México: Ed. Porrúa, 1995.

¹⁶⁵ El ordenamiento jurídico es un sistema, de tal forma que las fuentes normativas vistas en su conjunto siempre ofrecerán la posibilidad de otorgar una respuesta a las eventuales lagunas o vacíos que llegaren a existir. Este concepto es aprovechado por Cossio para señalar que todo aquello que no esté prohibido está permitido de tal forma que las normas jurídicas o las fuentes siempre permitirán dar una respuesta a las situaciones jurídicas, las cuales están previstas en el sistema.

La doctrina ha de entenderse como todo el conjunto de estudios que realizan los juristas por medio del análisis y de la crítica jurídica de las propuestas, iniciativas, proyectos y, en general, las opiniones de los expertos, de tal forma que si son recepcionadas y plasmadas en leyes sufren la transformación para convertirse en fuente autónoma de derecho por medio actos legislativos, leyes, decretos; del mismo modo, si son seguidas por los jueces, en jurisprudencia. Pero también, a través de las cámaras de comercio pueden convertirse en costumbres aplicables a los casos concretos. Julien Bonnecase¹⁶⁶ la asimila con las concepciones jurídicas, el conjunto de soluciones que exponen los escritores jurídicos en sus obras; como auxiliar de la jurisprudencia y, por excelencia, el órgano de la ciencia del derecho.

Hoy, dentro de las principales formas de interpretación podemos aludir a la teoría iuspositivista, vista como actividad racional que despliega inteligencia y voluntad para el análisis de la estructura normativa. Kelsen cree que se relaciona con la determinación del ámbito de posibilidades que contiene la norma. Hart, ubica la labor en un terreno discrecional amplio de ejercicio de elección, así sea, arbitrario o irracional.

Últimamente se han desarrollado modelos hermenéuticos y argumentativos, por ejemplo, con Chain Perelman, Neil MacCormick¹⁶⁷, y Manuel Atienza. Perelman cree que la interpretación doctrinal no busca deducciones conclusivas desde principios, sino que pretende persuadir, buscar adherencia del lector, oyente o auditorio a una posición, en un verdadero ejercicio retórico.

MacCormick ancla la interpretación en la justificación de una decisión judicial, mostrando las formas de razonamiento deductivo y práctico, las maneras de solucionar los problemas de interpretación, de relevancia y de clasificación; la correspondencia entre los hechos establecidos y las normas jurídicas vigentes mediante una argumentación consecuencialista que utiliza los principios de universalidad, consistencia o coherencia, para la solución del caso¹⁶⁸, de alguna manera, procurando dar una respuesta diferente a la teoría de la jurisprudencia pragmática que preconiza el juez Richard Posner.

¹⁶⁶ BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del Derecho*. Segunda Edición. Bogotá, D.C.: ed. Temis. 1982. p. 74 y s.s. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1982, p. 51.

¹⁶⁷ Nacido en Glasgow, Escocia en 1941 y fallecido en Edimburgo en 2009. Autor de *Razonamientos y Teoría del Derecho, Retórica y Estado de Derecho, Practical reason in Law and morality, Instituciones del Derecho; Rhetoric and the rule of Law, etc.*

¹⁶⁸ Este planteamiento de MacCormick, halla asiento en exposiciones suyas realizadas en: *Legal Reasoning and Legal Theory* (2ª edición, Oxford, Clarendon Press, 1997), *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, en George, Robert P. (editor), *Natural Law Theory*. Contemporary Essays (Oxford, Oxford University Press, 1992; *On Legal Decisions and Their Consequences*. *From Dewey to Dworkin*, en New York University Law Review; *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (Oxford, Oxford University Press, 2005. Manuel Atienza, presenta en su obra, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación*, editada por el Centro de Estudios Constitucionales, el capítulo quinto, "Neil Maccormick: Una teoría integradora de la argumentación jurídica", un estudio amplio de la "teoría estándar de la argumentación jurídica", forma como denomina la tesis de MacCormick.

Este teórico escandinavo para defender sus tesis toma algunos fallos del *common law*, como el caso Daniels contra R. White and Sons and Tarbard, el caso Donoghue contra Stevensons, de 1932, entre otros.

N. MacCormick, trata, “(...) *en cierto modo, de armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano; de una teoría de las pasiones; de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa*”¹⁶⁹; dando cuenta de aspectos deductivos como no deductivos en la argumentación jurídica, pero también de aspectos formales y materiales, situado a mitad de camino “(...) *entre una teoría del Derecho ultrarracionalista (como la de Dworkin, con su tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cada caso) y una irracionalista (como la de Ross: las decisiones jurídicas son esencialmente arbitrarias, esto es, son un producto de la voluntad, no de la razón)*”¹⁷⁰.

De consiguiente, N. MacCormick, procura una argumentación más realista para los casos difíciles, frente a teorías de este linaje eminentemente logicistas, de modo que no exista contradicción con el sistema jurídico vigente, y se guarde coherencia con las consecuencias, pero en acoplamiento al orden social y a los valores compatibles con el sistema jurídico. La coherencia, es una categoría que se opone a lo contradictorio, y en MacCormick es entendida como cualidad genérica, en una primera modalidad con carácter normativo, en cuanto varias normas pueden ser cobijadas o subsumidas por otras sin contradicciones, de modo que la contradictoria no destruya la coherencia; en una segunda modalidad, como coherencia narrativa, cuando la narración fáctica es coherente.

En lo tocante con las consecuencias (de ahí que se le califique como consecuencialismo), o implicaciones, distingue el resultado de la acción como lo intrínseco de ella, y la consecuencia propiamente tal, como lo extrínseco de la acción.

Tratándose de la consistencia requiere que la decisión no contradiga el derecho establecido y vigente, y la coherencia significa que:

“(...) [D]ebe ser a la vez normativa y narrativa. La coherencia normativa requiere que una decisión ‘x’ pueda encuadrarse en una serie de valores o principios morales que, tomados en conjunto, puedan configurar una forma de vida satisfactoria, mientras que la coherencia narrativa exige un examen lógico de aquellas cuestiones de hecho que no cabe observar ni comprobar por la experiencia sensible, pero que no obstante deben concordar con el curso regular o normal de los acontecimientos en nuestro mundo”¹⁷¹.

¹⁶⁹ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Teorías de la argumentación. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 133.

¹⁷⁰ *Ibíd.*

¹⁷¹ MARTINEZ CINCA, Carlos Diego. ¿Cómo decidir los “casos difíciles”? Del giro pragmático de la jurisprudencia al consecuencialismo. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso: Universidad Católica de Valparaíso, diciembre, 2014, no. 43. p. 703-730.

En la construcción de la decisión judicial y de la jurisprudencia las tesis de N. MacCormick¹⁷², resultan trascendentes pues permiten buscar una jurisprudencia sólida y consistente, distinguir los problemas de interpretación normativa, los de justificación interna y externa, los de relevancia normativa, en cuanto "(...) *si existe una tal norma (p q), aplicable al caso*"¹⁷³, los de prueba, o carga de la prueba por falta de acuerdo sobre los hechos (no se conocen, el acusado los niega o no hay pruebas) y los problemas de calificación de los hechos, ya sean primarios o secundarios para ser subsumidos en las normas. Por ello, MacCormick, Alexy y otros (como Aarnio), constituyen presentaciones modernas de la teoría de la argumentación, que son calificadas por Atienza como "(...) *teoría estándar de la argumentación*"¹⁷⁴.

Siguiendo a José Manuel Lastra Lastra, la doctrina:

*"La constituyen los trabajos de investigación, sistematización e interpretación que llevan a cabo los jurisconsultos en sus obras. También se da este nombre a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación"*¹⁷⁵.

En fin, al margen de las opiniones de las diferentes tendencias, las otras fuentes se nutren de las enseñanzas de la doctrina en los ámbitos nacionales e internacionales en todas las disciplinas jurídicas.

3.3.4 Jurisprudencia, doctrina jurisprudencial, doctrina legal o probable y precedente

En este contexto no puede confundirse la jurisprudencia con una categoría que recientemente utilizan en algunos sistemas jurídicos, pues siembra confusión: la doctrina jurisprudencial. Esta expresión se refiere a la unión de las categorías doctrina y jurisprudencia, en una determinada sentencia. Se trata de proposiciones o de formulaciones jurídicas propuestas en una o varias sentencias, sobre todo, en el derecho español. Esa expresión reúne los conceptos de dos fuentes formales del derecho: doctrina y jurisprudencia, de tal modo que puede entenderse como una noción referida a decisiones que formulan líneas de pensamiento en una o varias sentencias, sin que sean simples decisiones.

La doctrina, en consecuencia, es fuente mediata o inmediata del derecho por medio de recopilaciones, comentarios, antologías, tratados, repertorios, etc.

Aun cuando a lo largo de la investigación se clarifican estos conceptos, para los propósitos de la misma, es necesario señalar, que en este apartado no discernimos

¹⁷² MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

¹⁷³ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Teorías de la argumentación. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 139.

¹⁷⁴ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Teorías de la argumentación. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 132.

¹⁷⁵ LASTRA LASTRA, José Manuel. *Fundamentos de derecho*. México: McGraw-Hill, 1994. p. 42-43.

sobre el carácter científico o no del Derecho¹⁷⁶, ni tampoco como se hizo en el capítulo anterior, donde se presentaron las tendencias alemanas y anglosajonas que presentan la jurisprudencia como ciencia del Derecho, imbuidas por la tradición romana.

Sin embargo, aquí sí se hace necesario, ir precisando que con la acepción jurisprudencia se significa un “(...) *repertorio de resoluciones judiciales (...) es la suma o conjunto de las resoluciones dictadas por estos Tribunales; y la jurisprudencia, a secas, sería la suma de o conjunto de las resoluciones dictadas por los órganos del Poder Judicial*”¹⁷⁷. Esencialmente éste es el criterio que defiende la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, cuando expresa, en una de sus múltiples sentencias. Uno de sus fallos, luego de analizar la evolución del concepto y sus contradicciones, expresa: “*Sintetizando en este contexto, la jurisprudencia es la disciplina que estudia los principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los jueces, marco dentro del cual algunos la refieren exclusivamente a las decisiones de las altas cortes, mientras otros, a la generalidad de los mismos*”¹⁷⁸.

Esta categoría no puede confundirse con la expresión “doctrina jurisprudencial”, que como ya se advirtió, no constituye una sinonimia, tropo o metonimia, porque esta institución es “(...) *una proposición jurídica afirmada en una o varias sentencias. Los jueces y tribunales se expresan en sentencias (que en su conjunto forman la jurisprudencia) y en el texto de una o varias sentencias se encuentran proposiciones jurídicas que son las que forman la doctrina; de la misma manera que dentro de un libro se encuentran proposiciones u opiniones que constituyen lo que -con deliberada generosidad- suele denominarse “doctrina científica” o de los autores*”¹⁷⁹, de tal forma que la jurisprudencia, suma de textos de los jueces, forma el continente, cuyo contenido es la doctrina jurisprudencial, que corresponde a las tesis que se extraen de la materia prima que suministran los jueces en las providencias o jurisprudencia; en ese sentido es la jurisprudencia la que permite estructurar una doctrina jurisprudencial.

¹⁷⁶ KIRCHMANN, J. H. Von. *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid: Colección Civitas, 1949. Resulta necesario hacer referencia Julius Hermann Von Kirchmann, jurista del siglo XIX, nacido en Alemania en 1802, crítico de la Dieta Imperial prusiana, por su aparente constitucionalismo, desde el iusnaturalismo racionalista. Este trabajo, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* corresponde a una conferencia, “*La jurisprudencia no es ciencia*” que dictó en Berlín en 1847, donde postula principalmente que la jurisprudencia no es ciencia, porque no incide en la vida real, por su oposición al desarrollo del derecho, de tal manera que al no crear nada, no tiene valor científico. En este aspecto ataca a la Escuela Histórica del Derecho. Expone que una ciencia debe propender por tener un objeto de estudio, descubrir leyes, crear conceptos nuevos, pero la jurisprudencia está rezagada, sus soluciones llegan cuando ya no se necesitan; de tal modo, que cuando pueden aparecer, el objeto jurídico se ha transformado, llegan tarde y nunca pueden alcanzar actualidad.

¹⁷⁷ NIETO, Alejandro. Ponencia: *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. Estudios de Derecho Judicial 34-2001. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p. 112.

¹⁷⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia SC 10304-2014. (5, agosto, 2014). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

¹⁷⁹ NIETO, Alejandro. Ponencia: *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. Estudios de Derecho Judicial 34-2001. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p. 112.

La doctrina jurisprudencial, al ser doctrina, contiene principios, reglas abstractas y generales que puede ser utilizada en múltiples supuestos prácticos y teóricos. En el marco de la doctrina jurisprudencial encontramos diversas manifestaciones en los diferentes tribunales de justicia, tales como la doctrina reiterada del Tribunal Supremo español, que ha tenido en España una trascendental tarea de unificación jurisprudencial, la doctrina probable del derecho nacional, la doctrina constante mexicana, y el propio precedente. En general procuran univocidad, homogeneidad, seguridad jurídica, previsibilidad, igualdad en la aplicación de la ley y, en general, interdicción de la arbitrariedad.

En ese sentido, la definición de Nieto, del precedente cumple las siguientes características:

“El precedente judicial es una resolución judicial que ha resuelto ya un caso sustancialmente idéntico al que se debate. (...) no equivale, por tanto, a anterior, que es una calidad meramente cronológica. El precedente ha de ser siempre anterior al caso que se toma como punto de referencia, pero a esta nota añade la de la identidad sustancial del caso. (...) la doctrina es, (...) proposición jurídica que se encuentra en los fundamentos jurídicos de la sentencia mientras que el precedente es la resolución o decisión en sentido estricto que se manifiesta en el fallo o parte dispositiva”¹⁸⁰.

Un precedente se relaciona más con una resolución concreta, con un caso que se decide y que puede ser replicado o no, no obstante, cuando un juez halla un conflicto semejante, abre posibilidades para aplicar el antecedente, y si hay varios, puede prescindir de uno u otro y aplicar cualquiera, o puede prescindir de todos los anteriores para aplicar el propio juicio, dependiendo de las exigencias del sistema jurídico en el cual se halle y la disciplina de precedente que haya introducido para hacerlo persuasivo, vinculante o meramente optativo. Empero, en un sistema constitucional y social de derecho, se ponen en riesgo derechos fundamentales del Estado Constitucional, como los de igualdad, seguridad jurídica y muchos otros, cuando no se adopta una disciplina de construcción de líneas jurisprudenciales, de doctrinas insertas en ella, sea por vía del precedente, de la doctrina probable o de cualquier otra forma de consolidar la unificación jurisprudencial y hacer Estado de Derecho.

3.3.5 La costumbre

Es una de las fuentes formales del derecho por tratarse de la primera forma espontánea y normal de origen popular de creación del derecho. Mientras la ley y la doctrina nacen de actos reflexivos expresos de los poderes legislativos o de los expertos, respectivamente, la costumbre surge de actuaciones uniformes y reiteradas en una comunidad en un pueblo o en un grupo social o de la observancia constante, uniforme o similar de reglas de conducta, integrando un derecho no escrito, bajo el convencimiento de que soluciona una necesidad jurídica. Se trata de *“la observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de*

¹⁸⁰ NIETO, Alejandro. Ponencia: *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. Estudios de Derecho Judicial 34-2001. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p. 113.

*una comunidad social acompañada de la convicción de que responde a una necesidad jurídica*¹⁸¹ .

*“Es el conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes”*¹⁸². Ahora, la costumbre se asimila con el derecho consuetudinario como término opuesto al derecho legislado o promulgado; no obstante, el derecho consuetudinario *“(...) puede estar consignado por escrito, como ocurre en la actualidad a efectos de precisar y fijar su contenido”*¹⁸³; y en esas condiciones si se sanciona por los legisladores, como una nueva norma de ese linaje, se convierte en legislada.

De tal forma que más allá de definirla es importante señalar los elementos que la integran: 1. Observancia constante y uniforme, como repetición homogénea, 2. Es general, de modo que sea aceptada por un grupo o un sector, 3. Un tiempo de duración determinado, el cual, es previsto por el legislador, por regla general 4. Ostenta carácter público, de modo que no puede ser secreta, 5. Tolerancia o paciencia por parte del Estado o del ordenamiento, 6. Convicción como elemento subjetivo o imperativo de estar solucionando una necesidad jurídica, y 7. Patrón de conducta seguido sea moralmente aceptable, no sea disvalioso sino digno de seguir.

Contemplar la costumbre como fuente de derecho implica una concepción integral, amplia y pluralista. Es admitir que las formas de crear derecho no están concentradas únicamente en la ley, como fundamento de la producción normativa. De tal forma que la costumbre complementa y enriquece la historia y la realidad jurídica desde la base misma, que se halla siempre y, en todo caso, en la comunidad. No se trata de una posición anárquica frente a lo jurídico sino realista y comprensiva. Por supuesto, una visión eminentemente positivista, niega el influjo de la costumbre porque pretende ubicar los formantes exclusivamente en la Ley.

De esta manera, la costumbre es la fuente primitiva más importante del derecho, que en el trasegar histórico, luego cayó en desuso, empero, hoy recobra su vigor en tiempos de globalización y de recuperación de las identidades nacionales y plurales.

3.3.6 Los principios generales de derecho¹⁸⁴

Por regla general, las fuentes del derecho, individualmente consideradas, no tienen la capacidad, ni la fuerza necesaria o la completud para resolver la totalidad de los asuntos, ni muchos para la construcción teórica de la disciplina jurídica. En consecuencia, visto de ese modo, el sistema normativo es limitado, motivo por el cual requiere de los principios generales de derecho.

¹⁸¹ ALESSANDRI, Arturo. *Curso de derecho civil*. Santiago: Sin datos de editorial, 1939. p. 153.

¹⁸² TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. 10 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p.382.

¹⁸³ *Ibíd.*

¹⁸⁴ VALENCIA, Hernán. *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. 4ª ed. Medellín: Comlibros, 2007; también editada en Bogotá. 2da edición. Temis, 1999.

No todos conciben los principios generales de derecho como fuente del mismo, pero estos guardan una relación central con toda la teoría jurídica, con su pasado, su presente, su futuro, la validez material, la interpretación, con la eficacia y vigor de las normas jurídicas y, ante todo, con la teoría y práctica del derecho.

Son elementos ontológicos, epistemológicos, políticos y éticos que se hallan en la base del ordenamiento jurídico, que pueden revestir el carácter de fuente principal o de fuente auxiliar del ordenamiento jurídico que lo complementan, pero que, al mismo tiempo, lo fundamentan. Los principios pueden generar criterios de validez material, de eficacia o de constitucionalidad, por consiguiente, forman parte, explícita o implícita de todo sistema jurídico asumiendo funciones integradoras, interpretativas o creativas en situaciones abstractas o concretas.

Constituyen una guía, una orientación, una pauta, un faro, un criterio, un motivo de justificación de un sistema normativo, expresan valores jurídicos, y así estén plasmados en normas, continúan siendo principios vestidos con el ropaje de una norma que permiten iluminar lo casuístico en la construcción de la ley, del acto administrativo y, ante todo, de la sentencia judicial. Cuando están expresados en normas son reglas abiertas, amplias, inconmensurables, inasimilables con las propias normas o con las leyes corrientes cuya exigencia tiende a la concreción; por ello, cuando el juez los utiliza para crear derecho, no los agota en la decisión misma, apenas procura esculpirlos parcialmente, por la vigorosa fuerza expansiva que tienen por cuanto, por regla general, en su esencia protegen uno o varios valores de contenido infinito.

Siempre han permeado los sistemas jurídicos, las codificaciones y cualquier tipo de ley, y en las constituciones han estado presentes como criterios de legitimación política, pero hoy con mayor rigor, *“la proliferación de los principios en los textos constitucionales y el reconocimiento de su valor normativo han venido a transformar la idea misma sobre la Constitución y sobre los criterios de validez de las leyes”*¹⁸⁵, cual lo afirma, Marina Gascón Abellán.

Los principios generales de derecho son auténticas fuentes de producción jurídica, ora mediata o ya inmediata, por ello, la opinión de Joaquín Arce y Flórez-Valdés al considerar que estos son criterios de validez y que constituyen una importantísima fuente de derecho, no resulta desdeñable, frente a las nuevas texturas constitucionales en el Estado Social de Derecho:

“(…) Y cabe, asimismo, sostener que los principios generales ya no son mera fuente supletoria, cuya aplicación necesite la doble prueba de ausencia de ley y carencia de costumbre, como antaño vino a exigir nuestra jurisprudencia, aunque de modo innecesario. Los principios generales son ahora una fuente supletoria, desde luego; pero, principalmente, una fuente material básica y primaria de nuestro ordenamiento jurídico, capaz de adquirir primacía, en un puro orden jerárquico, sobre la ley y la costumbre; con virtualidad para matizarlas, con fuerza

¹⁸⁵ BETEGON CARRILLO, Jerónimo, y otros. *Fuentes del derecho. En Lecciones de teoría del derecho*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 344.

para generarlas, con potencialidad para invalidarlas. Son, en definitiva, una “súper-fuente”, por cuanto pueden ser fuente de las mismas fuentes”¹⁸⁶.

En el ordenamiento colombiano el artículo cuarto de la Ley 153 de 1887, dispone: “*Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes*”¹⁸⁷; asimismo, el octavo, señala: “*Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de Derecho*”¹⁸⁸. De modo que los principios generales obran como normas base, disposiciones fundamentales, actúan con carácter imperativo, gozan de universalidad y expanden una axiología propia que, como faros, permiten interpretar el derecho, integrar el ordenamiento y resolver conflictos. Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 23 de junio de 1958, adocina: “*El ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es, como pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados concretamente por el Código Civil, pero de los cuales, sin duda, se han hecho aplicaciones concretas a casos singulares*”¹⁸⁹.

3.4 EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES FAROS EN LA REINTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES

El preámbulo de la Constitución colombiana de 1991, junto con otros textos del mismo estatuto, como los arts. 4, 9, 94, 214, fundantes del concepto de bloque de constitucionalidad, dan apertura a un sistema laxo y amplio de fuentes formales de derecho, al abrir el espectro del derecho nacional al *corpus iuris internacional*¹⁹⁰,

¹⁸⁶ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990. p. 55.

¹⁸⁷ La expresión “Principios de derecho natural” fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-284-15 de 13 de mayo de 2015, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo. Allí se puntualizó:

“El uso de los principios de derecho natural se encuentra sometido a algunos límites: (i) solo resulta posible cuando después de acudir a los métodos de interpretación literal, sistemático, teleológico, histórico o aquellos otros acuñados por la jurisprudencia constitucional para fijar el sentido de la Carta, persisten dudas insuperables acerca de su interpretación; (ii) no puede conducir, en ningún caso, al desconocimiento o infracción de ninguna norma formalmente incorporada a la Carta o integrada al bloque de constitucionalidad. Adicionalmente la invocación de un principio del derecho natural impone una carga de argumentación especialmente exigente que se traduce (iii) en el deber de demostrar con argumentos racionalmente controlables (a) que la existencia y pertinencia del principio puede ser fundamentada y (b) que ha sido reconocido de manera amplia por la doctrina más autorizada en la materia”.

¹⁸⁸ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-083-95 del 1o. de marzo de 1995, Magistrado Ponente, Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁸⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia (23, junio, 1958). M. P. Arturo Valencia Zea. Gaceta Judicial LXXXVIII. p. 222.

¹⁹⁰ En ese itinerario de replanteamiento de la jurisprudencia sobrepasa Hugo Grocio o Huigh de Groot, quien escribió el *De mari libero* y el *De iure belli ac pacis libri tres*, producciones jurídicas constitutivas de los fundamentos del derecho internacional público moderno, aportes con vital importancia para la historia de la jurisprudencia del derecho privado al exponer un sistema de reglas jurídicas para un campo desprovisto históricamente, hasta entonces, de normas positivas, como lo era el del derecho

integrándolo al derecho nacional en cuanto aparejan la protección y reconocimiento de los derechos humanos. En esta perspectiva, no es exclusivamente la Ley nacional la fuente normativa para la interpretación jurídica en sentido estricto o prevalente, sino también las otras fuentes, incluyendo las del derecho internacional, particularmente, ligadas con los derechos fundamentales y las ambientales, de tal forma que todas ellas, permiten al juez tener un abanico amplio de posibilidades en la solución de casos, a tono con los nuevos tiempos y la globalización creciente.

Precisamente, la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-225 de 1995, expuso: “(...) *La Corte considera que la noción de "bloque de constitucionalidad", proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta (...)*”¹⁹¹. En la misma providencia, la Corte resaltó el papel de los principios y normas que no están explícitos en la Carta, pero que hacen parte del Bloque:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”¹⁹².

En ese sentido para la Corte, los tratados internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario, no obstante, no figurar transcritos explícitamente en la Constitución, también integran en su conjunto el Bloque, y hacen parte del ordenamiento interno, de modo que:

“En tales circunstancias, (...) el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93). Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno (...) [al] derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”¹⁹³.

internacional; todas ellas, extraídas de los conceptos y de la visión ideológica de la época, así como del Corpus Iuris y del creciente humanismo.

¹⁹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225. (18, mayo, 1995). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Ibidem*.

Ahora, no puede olvidarse que el ordenamiento colombiano aboga por la inclusión no solamente del *hard law*, sino también del *soft law*, cuando se trata de resolver problemáticas relacionadas con los derechos humanos, de modo que las fuentes del art. 230 de la Carta de 1991, imponen su tratamiento desde una concepción amplia y garantista, humanista y universal.

No pueden verse los formantes de lo jurídico desde un criterio rígido del *hard law*, que únicamente permita tener en cuenta entre las fuentes con naturaleza internacional a los tratados en sentido estricto aprobados por Colombia y la Costumbre internacional bajo una lectura textualista, sino que debe incluir los principios, la jurisprudencia y la doctrina internacional.

En consecuencia, del ámbito internacional, resultan vinculantes y como parte del sistema de fuentes, bajo un contexto amplio, la jurisprudencia internacional, la jurisprudencia de los organismos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos. Esto significa, por ejemplo, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante, y con mayor razón, cuando versa sobre los derechos humanos, estructurándose como auténtico parámetro de control de convencionalidad, de control de constitucionalidad y de control legal de todas las decisiones y actuaciones para las autoridades, no solamente de las judiciales, sino de todos quienes sean servidores del Estado o ejerzan funciones públicas, pero, también de los particulares cuando afectan derechos subjetivos.

Esta forma de ver las fuentes halla su fundamento sea acudiendo a la categoría bloque de constitucionalidad, como cláusula abierta desde el art. 93 de la Carta¹⁹⁴, junto con los otros textos arriba señalados, o mirando la cuestión desde los

¹⁹⁴ Es una institución de origen francés, moldeada igualmente por la jurisprudencia española, inteligentemente desarrollada por la Corte Constitucional en sentencias tanto de constitucionalidad como de revisión de tutelas a partir del preámbulo de la Carta, de los arts. 9, 93, 53, 213 y 214 entre otros. Ver sentencias: T-409 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández), C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). La C-225-93 lo identifica del siguiente modo: *“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”*. Rodrigo Uprimny analizando la evolución de la categoría desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, compendia el pensamiento de la Corte, indicando que la categoría desde la perspectiva de ese tribunal habría *“(…) que concluir que hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y (vi) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales. Como es obvio, esta lista genérica incluye específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Y de otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente”*. UPRIMNY, Rodrigo. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. p. 34. https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf.

“estándares internacionales en materia de derechos humanos”¹⁹⁵. Nuestra Constitución y, en general, todas las que abogan por la construcción y defensa de un modelo de Estado Constitucional y Social de Derecho, permiten leer las fuentes desde una textura abierta de recepción del *Corpus iuris internacional* como visión adecuada y congruente con los tiempos que corren.

En esas circunstancias, las recomendaciones de la OIT, las opiniones del Comité de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en general, las opiniones consultivas de Derechos Humanos son de recibo en el ordenamiento interno como fuentes jurídicas.

Precisamente sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha dicho la Corte Constitucional, en la Sentencia C-010 de 2000: “La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala”¹⁹⁶. La importancia, de utilizarla como criterio hermenéutico implica “(...) que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”[motivo por el cual], es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”¹⁹⁷.

Y en materia de recomendaciones de organismos internacionales en la Sentencia T-568 de 1999, el Tribunal Constitucional colombiano, expuso:

“Las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance

¹⁹⁵ CORTÉS, Édgar. *Fluidez y Certeza del Derecho. ¿Hacia un Sistema Abierto de Fuentes?* En: RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A. *El Derecho en el Contexto de la Globalización*. Primera edición - primera reimposición. Bogotá, D.C., Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2007. 21 Al respecto: FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán. *Papel Jurisdiccional en la Aplicación de las Normas Internacionales*. Primera Edición. Bogotá. RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Sistema de Fuentes del Derecho Internacional Público y «Bloque de Constitucionalidad»: recientes desarrollos jurisprudenciales*. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coordinador). *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2003. p, 63-74.

¹⁹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-010. Expediente D-2431 (19, enero, 2000). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 2000 [consultado el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-010-00.htm> En igual sentido la sentencia C-406 de 1996 y T-568 de 1999.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares”¹⁹⁸.

De manera que, reiterando la obligación de cumplimiento de los tratados internacionales, no obstante, la prolongada inobservancia del Estado, señala:

“(…) La desidia del Gobierno frente a las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia, no puede ser fuente de derechos para la administración, ni causal de extinción de los derechos de los trabajadores. Al amparar los derechos invocados por los accionantes, la Corte no solo está protegiendo derechos constitucionales, sino que está llamando la atención al gobierno sobre el deber de cumplir en el orden interno los compromisos que libremente adquirió en el plano de las relaciones internacionales, para que los derechos de las personas consignados en los tratados no queden como meras buenas intenciones manifestadas externamente y desdichas en el país. Dado que el Estado colombiano se obligó para con los otros miembros de la OIT a garantizar los derechos de los trabajadores, y en lugar de hacerlo los violó, debe restablecerse el imperio de la Constitución”¹⁹⁹.

Por supuesto, un concepto restringido de bloque de constitucionalidad, engendra dificultades para percibir la cuestión de ese modo, ante las críticas que razonadamente se le hacen por: i) exceso de discrecionalidad judicial, ii) decaimiento de la certeza judicial y aumento de la inseguridad jurídica, iii) Vaivén constitucional y reducción del concepto de Constitución en sentido estricto iv) imposición de un concepto *soft law* sin fronteras, v) Sobreconstitucionalismo y desaparición del derecho legislado, vi) aumento de la indeterminación conceptual en el ámbito jurídico, vii) aumento de incertidumbre jurídica y del mundo de la *doxa*, viii) arbitrariedad legislativa y pérdida de las funciones parlamentarias y congresales auténticas, ix) la claudicación de la soberanía del Estado como sujeto de derecho internacional²⁰⁰.

Los jueces, en materia de protección de derechos fundamentales, son el corazón de la democracia y del Estado Constitucional, sin olvidar que Colombia hace parte del Sistema Interamericano, suscribió la Convención Americana o Pacto de San José, así como el Tratado de Viena en, cuyo art. 27, impone la observancia de los tratados suscritos por el Estado adherente, de manera que la jurisprudencia interamericana es fuente normativa en el derecho nacional. En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰¹ y su jurisprudencia, resultan aplicables por virtud del precepto 9 de la Carta Política colombiana de 1991, cuando señala:

¹⁹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568. Expediente 206.360. (10, agosto, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Bogotá, D.C. : 1999 [consultado el 20 de abril de 2019]. Disponible en : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-568-99.htm>

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. *Bloque de Constitucionalidad*. Primera Edición. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica, 2010. p. 303.

²⁰¹ Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22 de noviembre de 1969 y aprobado en Colombia por la Ley 16 de 1972.

“(…) Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (…)”²⁰².

Así como por la disposición 93 *ejúsdem*, al imponer que:

“(…) Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (…)”²⁰³.

En este sentido, el mandato 27 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados de 1969²⁰⁴, debidamente ratificada por Colombia, dispone imperativamente que: *“(…) Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (…)”²⁰⁵.*

3.5 JURISPRUDENCIA COMO FUENTE AUTÓNOMA DEL DERECHO²⁰⁶

Visto el contexto expuesto, la jurisprudencia es hoy, una de las fuentes formales del derecho más importantes por su dinamicidad permanente en todos los sistemas jurídicos, ante el inusitado aumento de las controversias que diariamente y en todos los niveles deben resolver los jueces, en los ámbitos locales, regionales, nacionales, continentales y mundiales, no sólo en la órbita del derecho público, sino también en la del privado (por ejemplo, el crecimiento de los mecanismos de arbitraje privado). En algunos sistemas jurídicos es fuente principal, y en otros, secundaria en la interpretación judicial y en la solución de casos. Pero su trascendencia no es reciente, porque podemos remontarla al derecho romano antiguo y a la teoría jurídica del mundo griego; sin embargo, desde la aparición del Estado – Nación contemporáneo su incidencia en la construcción del razonamiento jurídico es indiscutible, principalmente cuando el jurista o el juez se encuentran frente a las lagunas en el derecho o cuando encaran la solución de casos difíciles.

3.5.1 Concepto de Jurisprudencia por el que aboga esta investigación

²⁰² COLOMBIA. Constitución Política de 1991. artículo 9.

²⁰³ COLOMBIA. Constitución Política de 1991. artículo 93.

²⁰⁴ Suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.

²⁰⁵ Aprobada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985.

²⁰⁶ DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. España: Aguilar, 1973. LÓPEZ MONROY, José de Jesús. *Sistema jurídico del Common Law*. México: Porrúa, 1999. MARGADANT, Guillermo F., SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, LEÓN ZAVALA, Fernando. *Los sistemas jurídicos contemporáneos*. México: UNAM, 1996. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2a. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1997. SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, VILLANUEVA COLÍN, Margarita. *Sistemas jurídicos contemporáneos*. México, Harla, 1996. ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo. *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. México: Porrúa, 1990.

En este marco, la jurisprudencia se entiende como la disciplina que estudia los principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los jueces, o la totalidad de las resoluciones que dictan las autoridades jurisdiccionales.

Como anteriormente se apuntó, a pesar de las relaciones que puedan tener los campos y tendencias de la jurisprudencia ya señaladas, se la aborda como el sistema y el conjunto de normas jurídicas individuales o de subreglas contenidas en las decisiones pronunciadas por los jueces cuando administran justicia en cada caso concreto resolviendo controversias particulares; y, al mismo tiempo, como la serie de principios, doctrinas y criterios que se pueden deducir de las decisiones especiales o uniformes proferidas por los jueces.

Las subreglas establecidas en estas decisiones pueden adquirir el carácter de normas abstractas y generales, excepcionalmente, cuando se convierten en criterio hacia el futuro, pero también, en sentido general, normas individuales y concretas.

No se trata de abordar aquí la corriente de la jurisprudencia conceptual que surgió en el derecho alemán con la escuela histórica liderada por Savigny y Puchta en el siglo XIX, y que como se anotó anteriormente, dio lugar a la creación del BGB de 1900, como técnica para crear normas jurídicas perfectas a través de conceptos con fundamento y privilegio de la lógica formal, en cuyo sistema, el juez simplemente aplicaba las normas, pero no las interpretaba. Esa concepción jurídica, en su oportunidad, planteó la plenitud del derecho, la suficiencia de la ley, y como creación de un puñado de especialistas; conformando una visión donde el juez apenas aplicaba la ley o los conceptos en ella precisados, postura donde no podían existir lagunas ni antinomias en derecho, dada la completud y carencia de contradicciones. La concreción más correcta de esta corriente se encuentra en el primer Ihering, al expresar: *“La jurisprudencia es la matemática del derecho. El jurista hace cuentas con sus conceptos, como el matemático con sus magnitudes; si el total es correcto lógicamente, ya no tiene que preocuparse de más”*²⁰⁷.

Tampoco se trata de la jurisprudencia de intereses del segundo Ihering, y de Heck, Max Rümelin, que reacciona contra la jurisprudencia de conceptos, apoyada la visión kantiana inserta en la *Crítica de la razón pura*, pero también en el Derecho natural; tampoco corresponde a los postulados de los otros representantes de la Escuela de Tubinga, Heinrich Stoll y Eugen Locher.

Los anteriores planteamientos se preocupan teóricamente por la genética y la tesis productiva de los intereses. La primera, es una tendencia jurídica que estudia el origen y el objeto del derecho positivo; la segunda postura, analiza las sentencias judiciales y la organización del trabajo científico como forma de producción jurídica.

²⁰⁷ IHERING, Rudolf Von. *Jurisprudencia en broma y en serio*. Maxtor, 2017. p. 275. IHERING, Rudolf Von. *La lucha por el derecho*. Madrid: Civitas, 1989. También ver: *La jurisprudencia de conceptos en Rudolf Von Ihering*, en Casanovas, Papeu y Moreso, José Juan (comp.), *el ámbito de lo jurídico; lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Grijalbo, 1994. nota 6. p. 257.

La jurisprudencia de intereses defiende la tesis consistente en que toda disposición legal es producto de un interés y, por tanto, el derecho es el protector de los mismos, sin embargo, se trata de los intereses admisibles y ubicados en el ámbito de la propia disposición jurídica.

No alude a “la jurisprudencia sociológica”, de autores, tales como, Holmes y Cardozo del realismo jurídico, quienes la defienden como la única ciencia jurídica posible, que sustituiría todas las otras jurisprudencias. Esta corriente se preocupa por la conducta, y como consecuencia por la eficacia del derecho. Afronta la conducta “real” para obtener las reglas “reales” que efectivamente determinan el comportamiento de los tribunales, y que como disciplina científica pretende sustituir al derecho en el análisis de su objeto, porque en el fondo, únicamente tiene como pauta la eficacia del derecho.

Ahora, tampoco se trata de la jurisprudencia normativa de Kelsen, que faculta al juez para crear derecho cuando no haya norma preexistente. Aun cuando en esta tendencia se expone la posibilidad innovadora de la norma, es una visión formalista que se despreocupa de la realidad diaria, en procura exclusiva por la validez del derecho, al margen de los problemas de la realidad social y, adicionalmente, vaciada totalmente de principios.

El análisis que aquí se emprende, es el de la jurisprudencia como la doctrina que sientan los tribunales y las cortes, por ello los juristas van apropiándose del término para referirlo a la prudencia que debe tener el juez y a la equidad que debe observar para resolver los conflictos jurídicos sometidos a su conocimiento, debiendo actuar en forma virtuosa como hombres prudentes, como seres equitativos al resolver cada controversia, de tal forma que las decisiones no aparezcan como arbitrarias, parcializadas y autoritarias.

Una primera aproximación al concepto de jurisprudencia, es entenderla como una fuente formal del derecho integrada por el conjunto de providencias dictadas por los jueces, resolviendo casos concretos. La Corte Constitucional colombiana en algunas de sus conceptualizaciones iniciales señaló: *“La jurisprudencia ha sido definida como el conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que desatando casos iguales deciden en forma uniforme”*²⁰⁸.

La jurisprudencia es una modalidad de derecho dinámico y viviente, es la creación de reglas concretas, y en ocasiones de carácter general por los jueces de manera que fija pautas de contenido preceptivo, sin procurar identidad en los hechos y, por tanto, es factor decisivo en la interpretación y aplicación del derecho. En ese contexto Bonnecase, expone que es *“(…) el estado actual del derecho, tal como es reflejado por el conjunto de soluciones que, en una materia determinada se encuentran consagradas por las decisiones de los tribunales”*²⁰⁹.

²⁰⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104. Expediente N° D-164. (11, marzo, 1993). M.S. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993 [19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm>

²⁰⁹ BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del Derecho*. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá, D.C.: Edicolda, 1976. p. 164.

En sentido amplio, es la pluralidad de decisiones o de sentencias sobre casos concretos, relativas a varios aspectos que constituyen un factor decisivo y dinámico en la interpretación del derecho, porque crea derecho, así muchos teóricos se opongan, como medio para eliminar lagunas y fijar formas particulares para resolver problemas concretos no previstos en la ley. No procura identidad en los hechos, pero se constituye en factor que fija máximas y criterios cuando son semejantes. Por tal razón, son formulaciones o enunciaciones generales de contenido preceptivo que no vinculan estrictamente al juez para casos ulteriores.

También se entiende como la doctrina que sientan los diferentes tribunales, pero sin carácter obligatorio, que puede convertirse en doctrina legal persuasiva cuando haya interpretación reiterada de un mismo asunto, pero en ocasiones con vocación vinculante.

Es un auténtico derecho dinámico y viviente, porque la decisión judicial, en cada caso, es una orden exigible, aún por vía ejecutiva o compulsiva, y ante el incumplimiento de la decisión el beneficiario de la misma o el propio Estado pueden utilizar la fuerza o pedir su auxilio para hacerla cumplir. Este aspecto es relevante porque, la doctrina, por ejemplo, de los académicos, no obstante, estructurarse como fuente jurídica formal, no tiene carácter obligatorio ni puede utilizar la coacción para obtener su cumplimiento.

La labor de interpretación que realiza la jurisprudencia es mucho más importante que la ejecutada por los doctrinantes porque tiene la fuerza obligatoria que despliega la sentencia al resolver un asunto y al determinar el sentido o la forma como la ley debe aplicarse en un caso concreto y, por lo tanto, las partes deben acatarla. En ese sentido, la jurisprudencia es la interpretación judicialmente adoptada²¹⁰.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia hace referencia al conjunto de todas las decisiones de los jueces y árbitros, en sentido amplio, como pluralidad de fallos o de sentencias sobre casos concretos, relativas a todos los aspectos que emergen de la vida diaria de los pueblos. De tal forma que no puede reputarse como cualquier aplicación del derecho que hace un juez en forma aislada o separada, insular, sino a las constantes, repetidas y continuas decisiones, que van integrando un todo coherente y uniforme que van mostrando uno o varios criterios en la aplicación de normas jurídicas.

En términos generales constituye una serie de formulaciones o enunciaciones generales de contenido preceptivo, sea a título de máximas o de subreglas, que no

²¹⁰ La jurisprudencia apenas es una de las tantas formas de interpretar la ley, sin embargo, es una interpretación muy peculiar, porque es la que realizan los jueces; interpretar es encontrar, auscultar, buscar o desentrañar el sentido, el significado, la finalidad o el propósito de una ley o de una sentencia. Por ello, se llama interpretación judicial que difiere de la auténtica, realizada por un congreso o por un parlamento o cámara política, como encargada tramitar y aprobar las leyes. Por ejemplo, en Colombia, así lo dispone el art. 150 núm. 1 de la Constitución de 1991.

vinculan estrictamente al juez para casos posteriores, sino cuando, por imperativos legales, se imponen forzosamente o por la naturaleza del sistema jurídico de que forman parte, disciplinan a los jueces que las profieren o a los de menor jerarquía.

De manera que no la asimilamos propiamente con precedente, al ser este una de las expresiones más importantes de la jurisprudencia, como decisión previa aplicable en forma persuasiva o vinculante para casos posteriores. Tampoco se asimila en estricto sentido con la doctrina probable decantada en el derecho nacional, por cuanto las dos, apenas son manifestaciones del arsenal de producción de los jueces y árbitros de todos los sistemas jurídicos.

3.6 LA JURISPRUDENCIA EN LAS TRADICIONES JURÍDICAS²¹¹

A pesar de la aparente sinonimia en el campo, el término tradición por lo comprensivo se adecúa más a los propósitos de esta investigación, desechando las denominaciones de sistemas jurídicos o los tocantes con familia. Tradición es una categoría amplia, aglutinante de actitudes profundas, visiones orgánicas del derecho en los diferentes aspectos tales como la teoría, la práctica, la aplicación, la interpretación, la creación, su modificación o extinción. Es la “(...) *transmisión de noticias, composiciones (...), doctrinas, ritos, costumbres, etc., hechas de generación en generación (...). Doctrina, costumbre, etc., conservada en un pueblo por transmisión de padres a hijos (...)* transmitidas oralmente o por escrito desde los tiempos antiguos (...) conjunto de rasgos propios de unos géneros, etc.”²¹².

En lo pertinente, se ha expuesto la evolución y la conceptualización de la jurisprudencia en las tradiciones más representativas de la familia Romano-canónica o del *civil Law*, sin pretender agotarlas; no obstante, abordar sus efectos como fuente de creación normativa, supone tener cuenta la tradición jurídica o la familia de que forma parte determinado derecho, su contexto cultural, los elementos económicos, políticos y sociales; sus instituciones e instrumentos, para comprender sus particularidades en la protección de los derechos fundamentales en el Estado democrático. Esencialmente encontramos las familias o tradiciones jurídicas²¹³ relativas al *civil law*, al *common law* y la de los países socialistas.

²¹¹ DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Aguilar, 1973. LÓPEZ MONROY, José de Jesús. *Sistema jurídico del Common Law*. México: Porrúa, 1999. Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www.juridicas.unam.mx <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> DR © 2005. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Libro completo en: <https://goo.gl/kMhp9M>. MARGADANT, Guillermo F., SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, LEÓN ZAVALA, Fernando. *Los sistemas jurídicos contemporáneos*. México: UNAM, 1996. MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*. 2a. ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1997. SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, VILLANUEVA COLÍN, Margarita, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México: Harla, 1996. ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo. *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. México: Porrúa, 1990.

²¹² RAE, *Real Academia Española de la Lengua*, Diccionario esencial. Ed. 22. Madrid: Espasa, 2006. p. 1458.

²¹³ Al referirnos a familia se considera apropiada la identificación siguiente: “1. Una historia, una tradición común; en cuanto a la formación y características que debe tener la norma jurídica, evolución histórica de las normas. 2. Una filosofía, una concepción de los valores comunes; rectores de una determinada comunidad y 3. Un orden de prelación de las fuentes del derecho, asimismo

3.6.1 La tradición romano-germánica

Esta visión también conocida como romano-canónica o del derecho civil se funda en el derecho romano. Son columnas centrales, entre otras, las Doce Tablas, el *Corpus Iuris Civile* y el *Corpus Iuris Canonici*, los aportes de los glosadores y postglosadores, del derecho germano, y la gran contribución de las universidades, fuentes que se han integrado en una amalgama, también conocida como *ius commune*.

Con el desarrollo histórico se enriqueció, gracias a la progresiva codificación en la mayoría de las disciplinas jurídicas, y finalmente con los procesos de constitucionalización. Precisamente se denomina tradición del *civil law*, por el impulso que dio a las leyes civiles y a su codificación, procesos mediados por los principios de equidad y de justicia, aglutinando una familia, de la que forman parte un gran número de países de Europa continental, algunos escandinavos, las colonias de los países europeos continentales, América Latina y algunos países de África.

Por regla general, toma partida por la prevalencia de la Ley, limitándose el espacio para que el juez por medio de la sentencia construya normas jurídicas con criterio general, de modo que diferencia las tareas de los jueces y las del legislador. Es decir, se forja un derecho especialmente legislado.

Empero, como los códigos no pueden ser casuistas, y el concepto de ley, en sentido estricto, se caracteriza como general y abstracta; por ejemplo, en el art. 4 del C. C. colombiano se dice: *“Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”*²¹⁴, apenas fija parámetros generales, de modo que el casuismo obra como defecto cuando procura regular minuciosamente un tema, por cuanto las soluciones concretas y predeterminadas pierden eficacia o capacidad para resolver los frecuentes y crecientes problemas diarios. En consecuencia, siempre habrá zonas de penumbra y se abre un espacio inmenso para la tarea de la jurisprudencia, ante la imposibilidad material e histórica del legislador para advertir todas las posibles circunstancias de solución legal, y por muy titánica que sea esa tarea, un legislador jamás podrá prever todos los casos concretos por la diversidad de factores humanos, históricos, sociales, políticos que moldean la realidad.

“De aquí que en todas las sentencias de los tribunales siempre se da una nueva aportación al sistema jurídico, ya sea porque el juez se pronuncie sobre algo no previsto por las leyes, ya porque ha valorado las leyes siguientes respecto de las circunstancias concretas del caso. En cualquiera de los supuestos, los tribunales

común” MERRYMAN, John Henry. *La tradición romano-jurídica – canónica*. Trad. de E. Suárez. Segunda reimpresión 2 ed. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 15.

²¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 (20, abril, 1887). Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional. Bogotá, D.C. Diario Oficial. No. 7.019.

*enriquecen integrando o interpretando al sistema normativo jurídico, y en esta forma son fuente formal del derecho*²¹⁵.

Según la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-104 de 1993, al discutir la exequibilidad del recurso de súplica previsto en el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, conceptualizando el significado de jurisprudencia expresó:

“La jurisprudencia ha sido definida como el conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que desatando casos iguales decide en forma uniforme”.
*“En el derecho comparado se distinguen dos grandes sistemas en función del papel atribuido a la jurisprudencia como fuente de derecho”*²¹⁶.

Una vez identificado el concepto, expresa:

“De un lado, en el sistema anglosajón, práctico y empírico por naturaleza, la jurisprudencia es la fuente principal de derecho, de tal manera que los jueces al momento de dictar sentencia consultan los antecedentes que existan en el conjunto de sentencias precedentes. Se enfatiza en la noción de “precedente”. La ley escrita ocupa un lugar secundario. De otro lado, en el sistema latino, más especulativo y abstracto, la ley escrita es la principal fuente de derecho. La jurisprudencia ocupa un lugar secundario”²¹⁷.

Luego recalca que *“Colombia es heredera de la tradición jurídica latina. El derecho romano en materia privada y el derecho francés en materia administrativa siempre han ejercido una gran influencia sobre el ordenamiento normativo nacional”*²¹⁸.

3.6.2 La Jurisprudencia en la historia democrática del *Civil Law*

En algunos sistemas jurídicos la jurisprudencia es el germen o formante principal del derecho, y en otros, es una fuente secundaria en la producción, interpretación judicial y solución de casos. Pero su trascendencia no es reciente, porque podemos remontarla al derecho romano antiguo y al derecho griego; sin embargo, desde la aparición del Estado Nación su incidencia en la construcción del razonamiento jurídico es indiscutible, principalmente cuando el jurista o el juez se encuentran frente a las lagunas normativas o de casos difíciles.

En el proceso de construcción del Estado contemporáneo, Francia gestó un nuevo proceso codificador, con algunas semejanzas con el Derecho romano; por ejemplo, las similitudes entre el C. C. francés y las *Institutas* desde el punto de vista formal y

²¹⁵ SOLÍS RODRÍGUEZ, Javier. *La jurisprudencia en las tradiciones jurídicas*. En la obra Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Procesal. México: Universidad Autónoma de México. 2005. p. 327. Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1624/15.pdf>

²¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104. Expediente N° D-164. (11, marzo, 1993). M.S. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993 [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm>

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*.

sustancial son patentes, pero por supuesto, teniendo en cuenta las diferencias de todo orden y encarando los problemas normativos desde la perspectiva de las nacientes democracias modernas.

Para algunos intérpretes el movimiento codificador contemporáneo desde la revolución francesa tradujo para el derecho continental un desdén y un desprecio de la jurisprudencia, al punto que admiten que profesó una posición antijurisprudencial derivada del culto fetichista al legalismo francés. No debe desconocerse que la Revolución Francesa, al potenciar un nuevo orden, pretendió hacer *tábula rasa* del derecho canónico o eclesial, pero también del derecho consuetudinario, porque se trataba de categorías jurídicas que sostenían el “*ancien régime*”, pero ello, no condujo necesariamente a una posición extremista de abolir todo lo anterior, porque justamente, el nuevo orden se edificó sobre el pensamiento y las conquistas de sus antecesores.

Al sucumbir el Imperio Romano por el poderío germano, el desarrollo de la Jurisprudencia Romana quedó truncado, sin embargo, como lo expresa Torres Zárata, ello no implicó la renuncia a un “orden jurídico” mínimo, o la abolición del derecho, simplemente recobró su predominio “(...) *la costumbre en la solución de los conflictos, ya que era la fuente más importante del derecho. Las instituciones jurídicas tenían carácter consuetudinario y local. El derecho se estudió con base en el Corpus Iuris Civilis*”²¹⁹.

La alta Edad Media interrumpió la labor jurisprudencial romana, y solamente cuando se redescubrió el Digesto y aparecieron las universidades, su estudio se reanudó. Aquí es necesario recordar la fundación de la escuela de Bolonia hacia el siglo XI, el desarrollo de la lectura de los textos jurisprudenciales y la ejecución de las *glossas* o inserciones a los textos jurisprudenciales.

No hay duda, en Francia, al avanzar hacia el Siglo de las Luces, en los siglos XVII y XVIII, con la aparición del derecho natural y las nuevas corrientes racionalistas que impulsan la razón como fuente de todo conocimiento y un sistema sociopolítico conforme a la naturaleza, rechaza todo tipo de autoritarismo, lo irracional y lo sacral; al mismo tiempo, generaliza un abierto desprecio en lo jurídico al *Corpus Iuris Civilis*, en cuanto dejan de aplicarse sus criterios y prescripciones, en pos de construir el nuevo sistema.

Pero como ya se anticipó, el *Códex* francés sigue una arquitectura análoga a las Institutas de Justiniano tanto en su forma y contenido; así por ejemplo, calcó las ideas centrales y la división en libros. Aun cuando la concepción revolucionaria es radicalmente opuesta al sistema feudal, si mantiene las líneas gruesas y los principios del derecho Justiniano, obviamente, dentro de un marco abiertamente racionalista, humanista y de protección de la libertad y de la autonomía de la voluntad, empero sin desentenderse de ese gran primigenio Código labrado por Teófilo, Triboniano y Doroteo.

²¹⁹ TORRES ZÁRATE, Fermín. La Jurisprudencia, su evolución. En: Alegatos. En: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*. México: mayo/agosto de 2009, núm. 72. p.

De tal modo que las disquisiciones abolicionistas de la jurisprudencia y del papel del juez como creador de derecho imputadas al movimiento revolucionario francés y su proceso de codificación, no pasan de ser planteamientos sectarios y reduccionistas puesto que desconocen que el art. 4 del C. C. francés y las demás previsiones normativas presentes en otros códigos civiles, según los cuales, el juez so pretexto del silencio de la ley, de la oscuridad o de la insuficiencia, no podía negarse a decidir el caso concreto, por el contrario, debía aplicar su prudente juicio para la solución de la controversia, porque de no hacerlo podía ser condenado por injusto.

Es decir, quienes creen que hubo una abolición radical de la jurisprudencia y rechazo a las decisiones judiciales, desconocen abiertamente que el art. 4 citado, obligó de todos modos y en forma coactiva al juez, para resolver de fondo el conflicto. Otro problema diferente lo constituyen los medios jurídicos adoptados, pero en todo caso, no era un cerrojo para la jurisprudencia como forma de resolver una controversia.

Por consiguiente, quienes así lo creen, se equivocan porque la actividad judicial, al paso que debe aplicar la ley, en la visión de los revolucionarios debe acudir a su prudente juicio para resolver los conflictos, y, por tanto, toda la ideología pregonada a partir de Montesquieu de que el juez simplemente es la boca de la ley es una interpretación histórica equivocada. El movimiento fundacional del Estado Nación contemporáneo procedente de las entrañas de la Revolución Francesa no negó el valor de la jurisprudencia ni se opuso expresamente al precedente ni tampoco compelió a los jueces a rechazar o a despreciar las decisiones judiciales previas. La censura era contra el juez que no fallará *so pretexto* del silencio de la ley.

En la concepción de jerarquía de fuentes, al observar objetivamente la tendencia francesa privilegiante de la ley como fuente fundamental o única para el juez, es una posición antijurisprudencial que sobredimensiona el legalismo. Si ello fuere de esa forma, no podría explicarse la implementación del recurso de casación como un medio que propende por unificar la jurisprudencia. Ahora, si se toma una postura interpretativa de las fuentes en forma restrictiva con relación a la jurisprudencia, debe advertirse, que, de todas formas, esa tendencia fue cediendo prontamente no solo al interior de derecho francés, sino también en otras vertientes jurídicas, como en el caso español. Esa modificación aconteció desde mediados del siglo XIX, no solo en España, también en otros países y fuera del continente europeo, como en el caso colombiano.

De ese modo, mientras, los franceses construyeron la noción de la *jurisprudencia constante*, los españoles los secundaron con la *doctrina legal*; y Colombia lo hizo con diferentes denominaciones hasta fijar la noción de *doctrina probable*.

Se trata de una mirada amplia de las fuentes jurídicas, que descubre y muestra el valor de la jurisprudencia como fuente normativa creadora en el Derecho continental. La trascendencia de la jurisprudencia es tal, que se entronca con los medios de impugnación para restablecer el derecho cuando el juez la desconoce. Precisamente surgió en España y en Colombia, como causal de casación, la

posibilidad de demandar los fallos cuando violaban la fuente jurisprudencial ora la doctrina legal española, o la probable de Colombia.

En el derecho colombiano, calco fiel del art. 4 francés es el art. 48 de la Ley 153 de 1887 que señala: “*Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia*”²²⁰, texto que reitera también el art. 1 del C.C. español, cuando expone: “*Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*”²²¹.

Las reglas citadas, traducen en forma indiscutida que el juez del Estado democrático tiene una vocación que le otorga el mismo ordenamiento para interpretarlo y llenar los vacíos construyendo jurisprudencia, cuando proyecta o aplica la norma a los casos concretos, resultando su función, similar o mucho más importante que la del legislador, porque tiene la tarea de materializar el orden jurídico en la vida diaria, así no haya ley exactamente aplicable al caso. El juez, en cada caso, debe hacer eficaz el derecho y fallar haya o no norma aplicable, justificando la decisión y creando, en consecuencia, derecho por medio de la jurisprudencia.

El juez no puede permanecer en inacción, debe decidir porque el mismo ordenamiento le impone una tarea ontológica y ética con sentido supremo, *so pena* de responsabilidad personal; por ello, la Corte Constitucional colombiana razonando sobre este texto de la Ley 153 explica:

“Porque decidir, para quien tiene la calidad de juez, no es un mero deber sino algo más: una necesidad ontológica. Normas como el artículo 48 de nuestra Ley 153 de 1887 se encuentran en casi todas las legislaciones, pero su sentido no es otro que el de establecer un reproche jurídico a ciertas conductas judiciales que se estiman indeseables. Pero que el juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo sino de lo que ónticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas: porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta”²²².

Esta importancia de la jurisprudencia se refleja precisamente cuando el mismo derecho continental, empieza a consolidar la categoría *jurisprudencia constante*, al interior del derecho francés; y en el derecho español bajo el espectro de la *doctrina legal*, no tanto como rehabilitación o iniciación de un movimiento que da valor normativo a las decisiones judiciales, porque el art. 4 del C. C. francés ya se lo había

²²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153 (28, agosto, 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1887. Nos. 7.151 y 7.152.

²²¹ ESPAÑA. MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA «BOE». Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. núm. 206, de 25 de julio de 1889 Referencia: BOE-A-1889-4763, p.12.

²²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083. Expediente D-665. (1, marzo, 1995). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>

otorgado, sino como el convencimiento del papel vivificador y dinámico que debe cumplir la jurisprudencia para solucionar lagunas, contradicciones, silencios, fisuras o insuficiencia de la ley; y no como un exclusivo ejercicio de la racionalidad judicial frente a los textos fríos de la ley. Se trató del reconocimiento de las limitaciones de las características y efectos de la ley como una expresión de la voluntad popular vertida en forma abstracta y general que no podía contener la solución a todos los problemas cotidianos, porque de lo contrario incurriría en un casuismo estéril que socava los principios de generalidad y de abstracción que debe cumplir un texto legal.

3.6.3 La tradición del *Common Law*

Se trata de una tradición cuyo referente es el derecho inglés y los sistemas jurídicos que lo siguen. Su esencia, se finca en el derecho elaborado por los jueces en la solución de los casos entre particulares. Se emparenta conceptualmente con el empirismo inglés, el método inductivo y su punto de partida es el caso concreto, motivo por el cual, introdujo el rigorismo judicial del precedente construido con las decisiones más relevantes dictadas por los jueces.

La familia del derecho consuetudinario llegó a Inglaterra en el siglo XI y ha tenido una amplia difusión en la mayoría de los países de habla inglesa. Se caracteriza por la creación de disposiciones jurídicas procedentes de las resoluciones judiciales. Se guía por el precedente judicial, en virtud del cual, un caso particular recibe la misma solución jurídica aplicada a un caso similar anterior. Mientras que en la tradición del *civil law* y de los países socialistas, hay favorecimiento por la ley, a causa del criterio prevalente de la elaboración legislativa; en la tradición del *Common law*, la ley es importante, pero la fuente formal determinante es el producto de la labor de los jueces por virtud del carácter obligatorio que frecuentemente adquieren los precedentes.

En esta familia se encuentran básicamente el Reino Unido y algunas naciones de África, América y Oceanía que pertenecen al sistema jurídico de la Commonwealth, con aportes relevantes de los Estados Unidos.

GOTTHEIL²²³, por ejemplo, señala que el *common law* nació como sistema jurídico en Inglaterra, y a través de los procesos de colonización del Imperio Británico, transitó a Estados Unidos, Canadá, Australia y otros países asiáticos.

En esta tradición jurídica la mayoría de esos países aplican el derecho inglés y reconocen como jefe de Estado al monarca del Reino Unido. En su evolución, el reinado de Enrique II (1154-1189) marcó una etapa importante en consolidación de las fuentes formales de producción jurídica, las cuales se integraron inicialmente por las costumbres, entendidas como derivadas de la ley natural, pero ante las arbitrariedades de las Cortes reales, fue surgiendo poco a poco el derecho de precedentes; de consiguiente, el juez, se limitaba a la declaración del derecho preexistente o *common law*, sin que pudiera fallar en contra de los precedentes de

²²³ GOTTHEIL, Julio. *Common Law y Civil Law*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1960. p. 17.

los tribunales superiores jerárquicamente. En ese contexto, toma importancia el parlamento como límite al poder real.

Common law, «Derecho común», “Derecho común inglés” por oposición al plasmado en las costumbres locales inglesas, es el mismo derecho consuetudinario de la tradición jurídica anglosajona, entendido como “común” por su aplicación generalizada por los tribunales del Rey. Surgió en Inglaterra tras la conquista normanda (1066)²²⁴. Siguió, inicialmente, un conjunto de principio y reglas, pero luego, las decisiones adoptadas por los jueces, las cuales están aún por encima de la ley. Se trata de un derecho inductivo porque parte de los casos concretos.

La incidencia del Derecho Romano en esta tradición jurídica ha sido calificada como secundaria, sin embargo, no puede descartarse su fuerte impacto analizando los principios, los precedentes, las reglas, el sentido común, necesidades comunitarias, que se van adaptando a la evolución social, no obstante los conceptos, el vocabulario y las tradiciones de aquél derecho en el fondo perviven.

La comunidad jurídica inglesa fue reticente y hermética al Derecho Romano, así fuera asignatura pedagógica en Oxford²²⁵ en el tiempo de los glosadores, porque hubo barreras desde los mismos juristas; empero, esta tradición si se nutrió de él, de sus leyes y de su espíritu de equidad, de ahí la trascendencia de la *equity*, “(...) en cuanto modificación del *common-law*”²²⁶.

Hay un elemento común entre el Derecho Romano y el Inglés, su casuismo:

*“Un derecho casuístico, un case-law, extraído de la naturaleza de las cosas. También en el Derecho inglés el Derecho legislativo —el statute-law— desempeña un papel restringido, el que corresponde a la regulación parcial de algunos campos jurídicos”*²²⁷; en consecuencia, el derecho inglés no codificó el todo; pero su tradición, como la romana, si es un derecho obra de juristas²²⁸ (*judge-made-law*), organizados en corporaciones o *Inns of court*. En el punto opina Radbruch, explicando el contenido de la expresión “*common law*”: “Los jueces ingleses invocaban originariamente, en apoyo de sus fallos, el Derecho consuetudinario, el supuesto Derecho común inglés, por oposición a las costumbres locales: de aquí el nombre de *common-law*. Pero, en realidad, no aplican el Derecho consuetudinario, ni siquiera bajo la forma de la práctica judicial, sino que van creando, a través de su jurisprudencia sobre los casos concretos, un Derecho nuevo, con fuerza de obligar

²²⁴ Grupo escandinavo que se asentó en el noroeste de Francia, en la zona de Normandía desde donde se expandieron a otras zonas, como a Sicilia, y con el apoyo del Duque Guillermo se extendieron a Inglaterra y a las Islas Británicas.

²²⁵ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Reim. 1955. 1ra. Ed. 1951. México: Fondo de Cultura Económica, 1955. p. 69.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Ibidem*, p. 70.

²²⁸ El estamento de los juristas abarcaba la abogacía académica, los especialistas en Derecho o *barristers*, autorizados para apoderar, quienes difieren de los *solicitors*, encargados de preparar a las partes en relación con el proceso.

*para casos análogos*²²⁹.

El estamento inglés de los abogados, de donde surgen los jueces, dada la relativa independencia, da pie para el nacimiento y fortalecimiento de la *Rule of Law*, o *Estado de Derecho*, premisa que cobra más vigor en Inglaterra que en ninguna otra parte. En esto estriba alguna diferencia con la teoría de Montesquieu, frente a la división de poderes que radica en el parlamento la tarea de crear la ley y en el juez la misión exclusiva de aplicarla. Por ello, Radbruch al mismo tiempo que diferencia, desde las tesis de Montesquieu, las categorías Estado de Derecho inglés, parlamento y jueces, explica:

“(...) En realidad, el juez inglés sólo aplica leyes en una parte mínima, invocando de preferencia los precedentes judiciales, completados y desarrollados por la creación libre del Derecho, a la par que el parlamento hace un uso prudentemente morigerado de sus facultades legislativas, procurando no menoscabar el campo de acción del *common-law*. Este retraimiento voluntario del parlamento y esta autonomía de que goza el estamento de los juristas profesionales rodean a la autarquía del Derecho y, por tanto, al Estado de Derecho (*Rule of Law*) de garantías mucho más firmes que la teoría de la división de los poderes de Montesquieu, en la que el desenvolvimiento del Derecho se confía exclusivamente al parlamento”²³⁰.

Ante el anquilosamiento del *common-law* en forma de *ius strictum*, emerge un Derecho de equidad (*equity*), en procura de obtener justicia en los casos concretos. Bajo esta modalidad, en la forma de *acciones ex bono et aequo* de los pretores romanos, “(...) los lord-cancilleres ingleses introdujeron, con el nombre de *writs*, acciones destinadas a paliar los rigores y las rigideces del *common-law*. Esta *equity* surgió como una especie de jurisdicción de Gabinete (...)”²³¹, cuya fuente jurídica es la conciencia, bajo un criterio análogo al romano, vista como la justicia del caso concreto, cuyos fallos, en los albores del siglo XIX, empezaron a ser contemplados también como precedentes. Esta circunstancia posibilitó, que, a la par, del *case-law*, ostentara también la calidad de precedentes.

Este es uno de los puntos que motivó en 1873, fundir en “(...) una *judicatura única* los tribunales de la *equity* y los del *common-law*; sin embargo, todavía hoy se mantiene en pie el dualismo sistemático de ambos campos de Derecho, el del *common-law* y el de la *equity*”²³².

Case-law es partir del caso concreto en el juzgamiento, en un ejercicio del método inductivo, mientras que el legislador del *civil law* parte de casos imaginados por él para formular abstracciones jurídicas; de modo que un juez inglés, se enfrenta a un

²²⁹ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Reim. 1955. 1ra. Ed. 1951. México: Fondo de Cultura Económica, 1955. p. 70.

²³⁰ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Reim. 1955, 1ra. Ed. 1951. México: Fondo de Cultura Económica, 1955. p. 71.

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibidem*, p. 72.

ingente arsenal de precedentes, aspecto que no pocas veces, genera dificultades en el derecho angloamericano en la práctica. Por ello, en Estados Unidos, y en otros países, conquista y recobran importancia el derecho legislado, la codificación penal, las leyes procesales, parte de leyes civiles, leyes comerciales, no obstante, la interpretación de leyes también halla apoyo fuerte en el precedente.

Sin embargo, por ejemplo, la Constitución norteamericana es objeto del respeto más importante, aunado a la guardianía estricta de la Corte Suprema, aspecto que incide en el poco número en enmiendas al texto, que junto a la trascendencia de sus jueces vitalicios la hacen emblemática, estable y segura.

La expresión, *judge made law*, “el juez hace la ley”, en su versión vernácula, identifica la naturaleza de derecho casuístico que reviste el *common law*, al no existir *civil law* o ley escrita. Ello traduce que en esta tradición el desenvolvimiento del derecho se otorga con mayor rigor a los jueces que a los parlamentos, forjando un juez creador de derecho, motivo por el cual, las cámaras más bien hacen un uso moderado de sus facultades legislativas.

Este sistema jurídico está compuesto, en síntesis, por el derecho creado por los jueces o *judge made law*, el derecho legislado o *statute law* y la doctrina jurisprudencial o *the books of authority*. El primero, integrado, a su vez, por el derecho consuetudinario, las sentencias judiciales y la equidad.

El derecho consuetudinario o *customary law*, se refiere a los usos tradicionales declarados por los tribunales populares. Se trata de la costumbre o *custom*, integrado por los usos mercantiles o *law merchant*. Son las normas jurídicas deducidas y presentes en los usos tradicionales y en las decisiones de los tribunales, como, por ejemplo, la costumbre de la sucesión intestada por partes iguales del Condado de Cent.

Las sentencias judiciales constituyen el Derecho de Casos o *case law*, en sentido estricto derecho de precedentes creados por los jueces o *judicial precedent*. El *case law*, por tanto:

“(…) [E]stá constituido por las reglas y principios establecidos y seguidos por los jueces en sus decisiones. Así, en un sistema jurídico basado en un Derecho de origen jurisprudencial o *case law*, el juez que resuelve un caso posterior forzosamente debe tener en cuenta los casos anteriores, ya que los mismos no se consideran simples materiales auxiliares que el juez puede tener en consideración al dictar la sentencia, como sí ocurre en otros sistemas jurídicos. El hecho de que el Derecho inglés sea en su mayor parte un sistema jurídico basado en un Derecho de origen jurisprudencial o *case law* significa básicamente que la decisión dictada por un juez en un caso particular constituye un «precedente»²³³.

En este contexto, la fuente más importante en la producción del Derecho Inglés es el *case law*, que permite edificar principios, reglas, criterios y parámetros de

²³³ CROSS Rupert y HARRIS J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Trad. de Angélica Pulido. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 23.

juzgamiento a partir del conjunto de casos que son recepcionados por los jueces y que, como decisiones del pasado, se proyectan para iluminar el presente y el futuro de las nuevas decisiones judiciales.

La equidad, *equity*, representa un sistema jurisdiccional propio, derivado de la discrecionalidad de los jueces, como justicia moderadora en el caso concreto, para impedir que el derecho se anquilose, cuya fuente jurídica es la propia conciencia o la discreción judicial teniendo en cuenta consideraciones de justicia y rectitud en la solución del caso concreto.

El Derecho legislado o *statute law*, está integrado por un conjunto: la Carta Magna de Juan sin Tierra del 15 de junio del 1215, la *Petition of Rights* del 7 de junio de 1628, considerado este derecho como excepción al de los jueces; el *Habeas Corpus Amendemen Act* del 26 de mayo de 1679, el *Bill of Rights* de 12 de febrero de 1689. La Carta Magna se presenta como instrumento de derechos reconocidos e indisponibles para cualquier poder estatal, incluyendo al propio Parlamento. Hoy deben agregarse los *Act of parliament o statute*, la legislación delegada o *delegated legislation, ministerial orders, etc.*, de modo que crece el derecho legislado, aumentando su producción, incorporándose en los conocidos “*Consolidation Acts*”.

Se trata de una regulación parcial, pero sujeta a la ley fundamental que utiliza expresiones yuxtapuestas y sinónimas para impedir la elusión de la norma, so pretexto de su oscuridad.

Finalmente, *The Books of authority*, se refieren a la llamada doctrina jurisprudencial como labor de agrupación de las diversas decisiones. Así, por ejemplo, se encuentran los *Year Books*, que reúnen un conjunto de sentencias dictadas desde el reinado de Eduardo I hasta el de Enrique VII.

De particular importancia, resulta entender que el *common law* como derecho común, surge con el reinado de Enrique II, entre 1154 y 1189, integrándose por las costumbres, entendidas como ley natural o *ancient constitution*. Ante las injusticias se incentivan los tribunales reales y los tribunales de Cancillería, conocidos como, *Court of Chancery and equity*, formándose la doctrina del *case law*. Para Coke, el *Common law* está por encima de la voluntad del rey, y los jueces se constituyen como defensores de los derechos de los ciudadanos frente a las arbitrariedades o intromisiones del poder real. También el parlamento es límite al poder real.

Para Blackstone, el juez no crea el derecho, declara el *common law* preexistente e intuye la costumbre como principal manifestación del Derecho. Para Benthan y Austin, positivistas, los dos, el *common law* es entendido como derecho de creación judicial, cuya observancia se impone, no siendo posible fallar en contra de los precedentes de los tribunales superiores o de mayor jerarquía.

En Inglaterra en el siglo pasado surgió una excepción a la inflexibilidad del seguimiento de los precedentes judiciales, consistentes en la aprobación del “*Practice Statement of 1966*”, según el cual la Cámara de los Lores no está sometida

a los precedentes judiciales por el Principio de la Soberanía Parlamentaria, que permite que la ley pueda derogar al precedente judicial.

La Constitución de los EE. UU de 1787 consigna el *common law*. En este ordenamiento es importante destacar el caso, Marbury vs. Madison (1803), el cual dio lugar al control difuso de la constitucionalidad de las leyes, imponiendo por vía de la decisión judicial el precedente vinculante y el control a los excesos del parlamento por vía constitucional. Este poder de los jueces para ejercer el control se incentivó entre 1890 y 1937, cuando optaron por declarar inconstitucionales leyes que violentaban la propiedad o la autonomía de la voluntad en la contratación.

En esta tradición el juez tiene una gran libertad para crear derecho, pero se halla limitado por la carga inmensa de los antecedentes o por el arsenal de precedentes, circunstancia que genera seguridad jurídica, aunque a veces, se torna inflexible.

Claro, en Estados Unidos la ley tiene mayor importancia, estando prevista en Códigos penales, leyes de enjuiciamiento y Códigos civiles, y sobre todo, por el gran respeto por la Constitución²³⁴.

Ahora bien, la esencia del sistema anglosajón o del *common law*, es el *stare decisis*, nombre abreviado de la expresión latina *stare decisis et quieta non movere*, es decir, "estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto"²³⁵, significando que el juez debe adherirse a los precedentes sin desconocer los que ya han sido establecidos. "La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes -o, simplemente, los "precedentes"²³⁶, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. Sin embargo, la comprensión del sistema originado en Inglaterra requiere entender que un solo precedente constituye derecho y genera obligación. Es lo que GOODHART llama "la doctrina del precedente individual obligatorio". Según la visión tradicional inglesa, la obligación de seguirlo existe "ya sea que [el precedente] haya sido dictado el año anterior o hace un siglo, e incluso si la regla que establece ahora parece inapropiada en razón de circunstancias sociales cambiantes o por algún otro motivo"²³⁷.

La regla del *stare decisis* o *stare decisis et quieta non movere*²³⁸ apalanca las decisiones anteriores de los jueces o tribunales competentes, las cuales revisten la

²³⁴ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 73.

²³⁵ CUETO RÚA, Julio César. *El Common Law*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 89.

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. *Naturaleza y dimensiones del "Stare Decisis"*, en *Revista Chilena de Derecho*. Santiago: abril. 2006, Vol. 33, No. 1. p. 109-214. ISSN 0718-3437.

²³⁸ "Stare decisis et quieta non movere", (latin): *to stand by things decided, and not to disturb settled points. The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation. Black 's Law Dictionary. Seventh Edition. Bryan A. Garner, Editor in Chief, West Group, St. Paul, Minn, 1999. Una traducción posible sería: "stare decisis et quiete non movere", estar a lo decidido, no perturbar ni modificar lo ya establecido, lo que está quieto. La doctrina del precedente, con base en la cual resulta necesario para una corte*

calidad de una regla o de un principio jurídico que se convierte en criterio para ser seguido y aplicado en la resolución de los casos posteriores coincidentes o semejantes en reglas o principios, y hechos.

Harris y Cross, explicando el sentido de la institución expresan:

“En efecto, el precedente judicial tiene un efecto persuasivo en casi todos los ordenamientos jurídicos en razón a que el *stare decisis* (estarse a lo que se ha decidido previamente) es una máxima de aplicación prácticamente universal. La particularidad de la doctrina inglesa del precedente es que la misma tiene una naturaleza fuertemente coercitiva, y en virtud de dicha doctrina los jueces ingleses a veces se ven obligados a seguir un precedente, incluso teniendo buenas razones para no hacerlo”²³⁹.

Al interior de un precedente se halla una ***ratio decidendi*** y la ***obiter dictum***. La primera consigna el argumento central, el núcleo, la razón que permite resolver la cuestión litigiosa, la motivación esencial de la sentencia sobre la cual se edifica la parte resolutive.

La segunda, *obiter dictum*, por sustracción de materia frente a la primera, esto es, frente a todo cuanto constituya *ratio decidendi*, son aquéllas consideraciones o motivaciones no relacionadas causalmente entre el problema jurídico, la razón de la decisión y la parte resolutive. Son los dichos de paso, innecesarios para la fundamentación de la decisión, así la robustezcan o la amplíen.

3.6.4 La tradición Socialista

Su referencia hoy es accidental ante el creciente decaimiento de los modelos ortodoxos de las tesis marxistas, leninistas y maoístas, tal vez por su negativa y desafortunada práctica en las repúblicas contemporáneas con resultados económicos y políticos poco loables, y ello, a pesar de que los denominados bloques socialistas se han transformado (por ej. la perestroika soviética) y abierto a las instituciones capitalistas.

No obstante, es de resaltar que las fuentes formales de producción jurídica corresponden *mutatis mutandis* a las mismas de los países romano-canónicos o del *civil law*. Ahora, difieren si, en forma radical con relación al modelo político económico porque el ordenamiento jurídico en esa tradición procura estatizar los medios de producción y la propiedad, opacando la autonomía de la voluntad y la propiedad privada, de modo que la jurisprudencia debe contribuir a la formación de una conciencia individual y social para que una vez alcanzado el comunismo supere ese estadio social para pasar a la fase superior del socialismo.

el seguimiento de las decisiones judiciales previas, en aquellos casos en los cuales se discuten los mismos hechos en el marco de una causa judicial (Traducción propia).

²³⁹ CROSS Rupert y HARRIS J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Trad. de Angélica Pulido. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 23.

De tal modo que uno de los propósitos de los sistemas judiciales socialistas es fortalecer la ideología marxista, la participación activa en la educación popular de tal manera que el juez y la sentencia propiamente emanen poder suasorio no solamente para las partes, también para el pueblo, estimulando la entrega a la patria y a la causa comunista, incentivando el derecho, el honor y la dignidad ciudadana. Penalmente el imputado o condenado debe ser corregido y reeducado. De todas formas, la jurisprudencia no descarta la posibilidad de seguir un precedente.

3.6.5 La jurisprudencia en el derecho español

En el sistema jurídico ibérico, la jurisprudencia desarrolla el papel de fuente de derecho, como en general la tradición del *civil law*; pero debe destacarse la especial influencia del derecho francés.

Uno de los desarrollos más importantes se halla la expedición del C.C. español, el cual no incluye la jurisprudencia como fuente del derecho, debilitándola aparentemente. Sin embargo, su vigor dimana del recurso de casación al estatuirse como causal de casación la infracción de la doctrina legal. En este contexto, es relevante el Decreto de 4 de noviembre de 1838, por cuanto introdujo el concepto de doctrina legal, distinguiendo como causas de nulidad, la infracción clara y terminante de la ley o de los trámites procesales.

El Real Decreto de 20 de junio de 1852, al regular las causas por contrabando y defraudación igualmente propugna por el recurso de casación. Por su parte el Real Decreto de 30 de enero de 1855 sobre Administración de Justicia en las provincias de ultramar, introdujo el recurso en interés de la Ley y la infracción de la Doctrina Legal de la jurisprudencia de los Tribunales. Adicionalmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855, configuró dos modalidades del recurso de casación: por infracción de ley o doctrina legal y por quebrantamiento de las formas.

Del análisis comparatista de estos decretos brotan claramente las dos finalidades centrales del recurso de casación en España, que responden en general a toda la teoría de la casación: 1. La nomofilaquia o defensa de la Ley para la corrección de errores que cometen los tribunales en la aplicación de la ley y, 2. La unificación de la jurisprudencia, entre otras causales, cuando las decisiones de los jueces ofenden la doctrina legal a fin de dar consistencia, confianza y seguridad jurídica en reconocimiento de derechos. Se trata de antecedentes en la estructuración de la jurisprudencia como fuente formal protectora de la ciudadanía.

En el derecho español, el C. C. Real Decreto de 1889, aún vigente en su artículo primero dispone:

“1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

“ (...)

“2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

“6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

“7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”²⁴⁰.

Precisamente, el numeral 1 del art. 164 de la Constitución española de 1978 señala el pleno alcance como fuente de derecho de la jurisprudencia con naturaleza constitucional, con sentido análogo al de la ley, cuando expresa: *“Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”*.

La doctrina legal tiene su origen en el Decreto del 4 de noviembre de 1838, conjunto de disposiciones que reiteran la Constitución española del 19 de marzo de 1812²⁴¹, que en su art. 261 ordinal noveno dispuso, que correspondía al Tribunal Supremo: *“Conocer de los recursos de nulidad, que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254”*. La misma Constitución en el art. 244, ordenó que *“Las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los tribunales; y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas”*. De modo que al Tribunal Supremo le atribuyó, el recurso de casación, para entonces, no introducido en España, pero sí, sus finalidades por vía del de nulidad para corregir las actuaciones judiciales y además, como lo dispuso en el ordinal décimo del citado art. 261: *“Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes”*, en pos de buscar la uniformidad en la aplicación del sistema normativo. De manera que este recurso, con el de segunda súplica e injusticia notoria, y finalmente con la instauración del recurso de casación, y el fortalecimiento de la doctrinal legal, el Derecho español se enrumbó hacia la unificación jurisprudencial. Finalmente materializada bajo el principio de supremacía constitucional, en el art. 164 de la Constitución de 1978.

3.6.6 La Jurisprudencia en el derecho mexicano

Entre sus antecedentes más importantes se halla el Decreto presidencial del 8 de diciembre de 1870, inserto en el Semanario Judicial de la Federación, al ordenar publicar las sentencias definitivas de amparo desde 1867. Pero la relevante es, la Ley de Amparo de 1882, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución

²⁴⁰ ESPAÑA. MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA «BOE». Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. núm. 206, de 25 de julio de 1889 Referencia: BOE-A-1889-4763. p.12.

²⁴¹ También conocida como Constitución de Cádiz, popularmente es la Pepa, por haber sido promulgada el día de San José. Es la primera Constitución española propiamente tal.

de los Estados Unidos mexicanos, que impone la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas de la Corte, como instrumento para resolver casos concretos e interpretar el derecho. Sus fines se alcanzarán con cinco sentencias consecutivas ejecutoriadas y no interrumpidas, para constituir "jurisprudencia" (arts. 192 y 193).

En efecto, en la Ley de amparo, se introdujo la doctrina jurisprudencial, exigiendo para lo pertinente, en su artículo 192 la existencia de cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario.

En el caso de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana, la historia de su obligatoriedad legal se remonta a la Ley de Amparo orgánica de los Artículos 101 y 102 de la Constitución (del 14.XII.1882), elaborada sobre la base del Proyecto Vallarta, cuyo autor estaba preocupado por el reconocimiento de "(...) *la altísima misión que la Corte tiene con ser el intérprete final de esa suprema ley*"²⁴², donde se atribuía a sus pronunciamientos el valor de "suprema regla de conducta" para los tribunales a la hora de "fijar el derecho" (art. 47, ley cit.), al punto de que la ignorancia de la interpretación constitucional fijada por la Suprema Corte en por lo menos cinco ejecutorias uniformes sería castigada "*con la pérdida de empleo y con prisión de seis meses a tres años, si el juez ha obrado dolosamente, y si sólo ha procedido por falta de instrucción o descuido, quedará en suspenso de sus funciones por un año*" (art. 70, ley cit.).

Tan importante ley, tras entrar en proceso de vejez fue objeto de actualización. Ese objetivo concluyó con la creación de una nueva Ley de Amparo el 2 de abril de 2013, Decreto contentivo de la nueva redacción de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que obliga a todas a las autoridades a preservar los derechos de las personas, especialmente a los más vulnerables. Se trata de la reforma más importante en beneficio de la sociedad, para consolidar el México de los derechos, motor para la judicatura federal, como última línea de defensa de los derechos humanos. Abarca las modificaciones a cinco leyes secundarias, que en conjunto habilitan competencias y posibilitan la aplicación de las nuevas disposiciones. Esta Ley de amparo plantea en su art. 222: "*La jurisprudencia por reiteración del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos*"²⁴³. En el artículo 223 "*La jurisprudencia por reiteración de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos*

²⁴² VALLARTA, Ignacio Luis. "*El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus. Ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales*". 4° ed. México: Porrúa, 1989. p. 319 y ss.

²⁴³ MÉXICO. CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS MEXICANOS. Se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2, abril, 2013), publicada en el D.O.F., el 2 de abril de 2013, última reforma el 15 de junio de 2018, siendo presidente Enrique Peña Nieto. [en línea] [consultado el 20 de abril de 2019]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf. Esta Ley distingue tres clases de jurisprudencia: por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución.

*cuatro votos*²⁴⁴. En el 224 *“Para el establecimiento de la jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito deberán observarse los requisitos señalados en este Capítulo, salvo el de la votación, que deberá ser unánime”*²⁴⁵.

En el 230, con relación a la cuestión que atañe a la reiteración jurisprudencial expone:

“La jurisprudencia que por reiteración o contradicción establezcan el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Plenos de Circuito, podrá ser sustituida conforme a las siguientes reglas:

“I. Cualquier tribunal colegiado de circuito, previa petición de alguno de sus magistrados, con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezcan que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse.

“Para que los Plenos de Circuito sustituyan la jurisprudencia se requerirá de las dos terceras partes de los magistrados que lo integran”²⁴⁶.

En consecuencia, los tribunales del circuito y la Corte Suprema Mexicana, tienen la posibilidad de modificar la jurisprudencia vinculante, previa petición de un magistrado que las integre, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en la ley para ello:

“II. Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los tribunales colegiados de su circuito y con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviarían los Plenos de Circuito al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes”²⁴⁷.

Asimismo, desde la órbita constitucional, se señala cuáles son los efectos de los fallos que modifican la jurisprudencia vigente:

“III. Cualquiera de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previa petición de alguno de los ministros que las integran, y sólo con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. (...).

“Para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustituya la jurisprudencia en términos de las fracciones II y III del presente artículo, se requerirá mayoría (...).

“Cuando se resuelva sustituir la jurisprudencia, dicha resolución no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los que se hayan dictado las sentencias que la integraron, ni la que se resolvió en el caso concreto

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ *Ibidem*.

que haya motivado la solicitud. Esta resolución se publicará y distribuirá en los términos establecidos en esta Ley”²⁴⁸.

3.6.7 La evolución de la jurisprudencia en el marco del derecho colombiano en la búsqueda de obtener efectos *erga omnes* y futuros

En Colombia, la trascendencia de la jurisprudencia como fuente jurídica se encuentra materializada en un precepto, más que centenario, hoy vigente, consagratorio de la *doctrina probable* se trata del art. 4 de la Ley 169 de 1896, según el cual: “*Tres decisiones uniformes dadas por la CSJ. como tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta, para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores*”.

No obstante, con antelación, en la Ley 61 de 1886 se había consignado el recurso de casación para unificar la jurisprudencia, por medio del cual, desde finales del siglo XIX, el XX y buena parte del XXI la Corte Suprema de Justicia, cabeza de la jurisdicción ordinaria, viene dando aplicación a la institución con un criterio amplio.

La Corte Constitucional, nacida de las entrañas de la Corte Suprema – Sala Constitucional, estima que lo previsto en la Ley 69 de 1896 como doctrina tiene un carácter persuasivo, optativo, no vinculante, pero eficaz para dar seguridad jurídica.

Con la aprobación de la Constitución de 1991, el juez de la Carta, desde ese instante, es la Corte Constitucional, por entrega que de esa tarea hizo la Corte Suprema, extinguiendo su Sala Constitucional, trasladando sus funciones a esta nueva corporación que complementariamente y desde la perspectiva constitucional ha venido, crecientemente, edificando su jurisprudencia como fuente relevante, junto con la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

Desde ese entonces, gran parte de la jurisprudencia constitucional ha sido abordada por este tribunal constitucional en numerosas sentencias de constitucionalidad otorgándoles fuerza obligatoria, decisiones entre las cuales se hallan los fallos C-543 de 1992 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo) y C-104 de 1993 (Alejandro Martínez Caballero).

Así por ejemplo, en la C-104 de 1993, inicialmente identifica la jurisprudencia como el conjunto de providencias dictadas por los jueces que constituyen fuente formal del derecho, resolviendo casos concretos, señalando: “*La jurisprudencia ha sido*

²⁴⁸ MÉXICO. CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS MEXICANOS. Se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2, abril, 2013). [en línea] [consultado el 20 de abril de 2019]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf. Se trata de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1857, con la introducción de la reforma del 29 de enero de 2016 y de 1 de diciembre de 1916, entre otras.

*definida como el conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que desatando casos iguales deciden en forma uniforme”*²⁴⁹.

El nuevo tribunal desde entonces, empiezo a darle una función más eficaz y amplia al concepto de jurisprudencia y por ello en Sentencia C- 083 de 1995, expone:

“Al referir a la jurisprudencia, en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial", debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la Ley 169 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además, no resulta justificado ni razonable, en la actualidad, circunscribir la jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir sólo al recurso de casación la virtud de generarla”²⁵⁰.

Este criterio aparece luego ratificado en Sentencia C-836 del 2001 donde se discutió la constitucionalidad de la regla inserta en el artículo 4 de la Ley 169 de 1896. En ella asimila la jurisprudencia con la categoría doctrina probable, además, asienta que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, también crean doctrina probable.

Los jueces, iterando el C.C. francés, y el modelo de Bello, tienen prohibido proveer por vía general, según el art. 17 del C.C., cuando afirma: “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. “Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.*

No obstante, esa prohibición en el derecho nacional, hoy la jurisprudencia adquiere un relevante papel en el Estado democrático con la reivindicación de la doctrina probable, y la aparición del precedente, aspectos que, por ejemplo, se destacan en el pensamiento de la Corte Constitucional cuando analizó la exequibilidad de la regla anterior.

Para explicar el significado actual, en el derecho nacional, del contenido del art. 17 C.C., y su articulación con el concepto de jurisprudencia como fuente vigorosa de creación jurídica, hacia el 2013, la Corte Constitucional colombiana, decidió un juicio de constitucionalidad contra ese centenario texto y por sentencia C- 461 explicó la

²⁴⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104. Expediente N° D-164. (11, marzo, 1993). M.S. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993 [consultado el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm>

²⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083. Expediente D-665. (1, marzo, 1995). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>

razón histórica de la existencia del precepto²⁵¹ al aclarar que esa norma es exequible, bajo el entendido de que no impide la existencia de efectos *erga omnes* y extensivos de las sentencias que deciden sobre las acciones constitucionales, así como los órganos de cierre en sus respectivos ámbitos y los que generen efecto oponibles a terceros.

Frente a estos asertos, la primera aclaración que debe hacerse, es entender, que, para entonces, en el siglo XIX y gran parte del XX, políticamente el concepto de Estado, era de naturaleza legislativa, y su teoría jurídica era de tendencia racionalista, con fuerte influjo del positivismo jurídico de Bentham; y en Colombia, en concreto, sólo desde 1991, la formación jurídica da el salto cualitativo al arquetipo constitucional y social de Derecho.

La segunda, precisión atañedora al caso, estriba en el hecho de que, dada la prevalencia y aplicación inmediata de la legislación ordinaria con prescindencia en la mayoría de los casos de la Constitución en el período de vigencia de la Constitución de 1886 – 1991; el C.C., el Código Penal y los enjuiciamientos del Código Judicial, y luego el Código de Procedimiento Civil, se constituían en los marcos de comportamiento jurídico directo, todo lo cual traducía que la Constitución no tenía aplicación directa, sino que en todos los casos, para que fuera eficaz demandaba de la existencia de desarrollos legales.

Tanto el Código Civil como el Código Penal., eran los plexos normativos, que cumplían, para entonces, los marcos interpretativos esenciales de la sociedad de la época, junto con algunas otras disposiciones, de tal modo, que la ley era la fuente jurídica principal y prevalente, mientras la Constitución y las decisiones judiciales, apenas, ostentaban un espacio residual.

Sobre el punto, expone la Corte Constitucional en la Sentencia C-461 de 2013:

“(…) [E]s pertinente recordar que esa pretensión de universalidad se referiría a los tipos de sentencias conocidos para la época, que para el caso serían principalmente las que ponían fin a procesos civiles y penales, pues para entonces no existían aún las acciones públicas de nulidad o inconstitucionalidad^[12], como tampoco situaciones en las que un fallo pudiera proyectar sus efectos más allá de las personas que hubieren participado en el respectivo proceso^[13]. En ese sentido todas las decisiones respecto de las cuales se aplicaría esta norma tenían en común el hecho de referirse a situaciones individuales, que atañen únicamente a ciertas personas”²⁵².

Otros elementos relevantes que surgen del juzgamiento del art. 17 del C.C. citado, se halla en la presentación de algunos elementos diferenciadoras de las dos fuentes

²⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consulta el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

²⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consulta el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

formales más utilizadas hoy en las tradiciones jurídicas: La ley y la jurisprudencia. En efecto, expone que la primera proyecta “(...) sus mandatos sobre un número ilimitado de casos, todos aquellos que durante su vigencia se encuadren dentro de las hipótesis contempladas por esa norma (...)”²⁵³, la sentencia, como esencia solo produce “(...) efectos sobre la situación fáctica que hubiere sido juzgada, por lo que en realidad su carácter imperativo se agota con el cumplimiento de la orden impartida frente al caso concreto”²⁵⁴. Además, con relación al sentido del mandato, y la desigual extensión de la parte dispositiva “(...) mientras que en el caso de la ley ésta abarca la mayor parte de su texto, con gran frecuencia la totalidad del mismo, en el caso de las providencias judiciales la parte resolutive suele ser breve y concisa, siendo normalmente mucho más extensa la parte motiva que antecede a la decisión propiamente dicha”²⁵⁵.

La última diferencia resulta de capital importancia para el pensamiento de la Corte, infiere que el efecto limitado “*inter partes de la decisión judicial*”, se refiere “(...) en realidad a la parte resolutive de los fallos, no a la considerativa, que es la que según se acepta actualmente, tiene la capacidad de proyectarse como fuente inspiradora de futuras decisiones, a través de la figura del precedente judicial”²⁵⁶. Es decir, la parte considerativa escapa al mandato del texto 17 del C.C., elemento de la decisión que permite construir un antecedente, una doctrina, una línea jurisprudencial o mutarse en factor persuasivo o vinculante para casos ulteriores.

Y refiriéndose propiamente al contenido del texto 17 acusado, explica cómo, no puede cobijar las sentencias relacionadas con las acciones de linaje constitucional. En efecto, expresa que es factible entender que “(...) su texto ha sido adicionado o tácitamente modificado por disposiciones posteriores, de carácter constitucional o legal, como sin duda serían las normas que actualmente regulan las acciones públicas de inconstitucionalidad y nulidad, que determinan que las sentencias por las cuales tales acciones se deciden tienen carácter *erga omnes*”²⁵⁷. En la conclusión halla ajustado al ordenamiento jurídico nacional el artículo demandado, pero haciendo énfasis que la parte motiva de la sentencia escapa a la prohibición y se constituye en un libro abierto, fuente del derecho, que no afecta la construcción del precedente ni la consolidación del principio de igualdad, la supremacía constitucional, ni la seguridad jurídica.

De tal modo que, existen sentencias que tienen efectos *erga omnes* o extensivos y que, por tanto, proyectan sus efectos, más allá de las partes, en forma directa e inmediata, cobijando personas que no participaron en el proceso que permitió dictar la sentencia por razones de importancia política, social o de economía procesal, categorías dentro de las cuáles se hallan las sentencias de constitucionalidad, en donde, “(...) la propia naturaleza de los temas trae como consecuencia que el fallo

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

²⁵⁷ *Ibidem*.

*respectivo tenga efectos erga omnes, es decir frente a todas las personas. Concretamente son universalmente oponibles los efectos de la cosa juzgada constitucional de que trata el artículo 243 del texto superior, en cuanto todas las personas deben observar la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad adoptada por esta Corte, tanto si les favorece como si les perjudica*²⁵⁸. Pero los efectos erga omnes también cobijan las de nulidad o de contencioso administrativo.

Precisamente, el art. 21 del Decreto 2067 de 1991, dispone: *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”*, características que también ostentan las sentencia de nulidad dictadas por los jueces contenciosos administrativos según el art. 137 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el art. 189 *ejúsdem*, que otorgan efectos erga omnes a esa modalidad de sentencias.

En esas sentencias, la resolutive se impone en forma absoluta para todos, incluyendo a todos los jueces y en general a todas las autoridades, mientras que la parte motiva, es el depósito de la doctrina constitucional, tratándose de las sentencias de inconstitucionalidad *“(…) cuya ratio decidendi constituye precedente obligatorio en los términos explicados en el punto anterior de esta sentencia que, en consecuencia, podría ser inaplicado siempre que exista una suficiente justificación para ello”*²⁵⁹.

Las proferidas en acciones de grupo según el núm. 2 del artículo 88 superior, y desarrolladas por la Ley 472 de 1998 en su Título III, para las personas que hubieran sufrido daños análogos o se encuentran en iguales circunstancias fácticas a las del proceso, campo del cual participan las sentencias de pertenencia, o las de filiación, con efectos erga omnes, en materia civil.

De consiguiente, la función unificadora de la jurisprudencia como medio para proteger la protección de los derechos fundamentales se ve fortalecida para las diferentes hipótesis que contempla la Sentencia C- 461 de 2013 cuando interpreta que la eficacia de los efectos vinculantes, cobijan no solo las sentencias de inconstitucionalidad, las acciones de grupo, asuntos en materia civil, sino también las: *“(…) acciones de tutela que son objeto de revisión por parte de este tribunal, cuando al conceder el amparo se observa que existe un grupo más o menos numeroso de personas que pese a no ser accionantes en el respectivo proceso, estarían padeciendo la misma situación fáctica de vulneración de sus derechos fundamentales, frente al mismo sujeto o autoridad demandado”*²⁶⁰, denominados *“inter pares”*, puntualizando, lo siguiente:

“(…) [L]a Corte puede decidir que las órdenes impartidas, así como el efecto protector de la sentencia, cobijen también a esas otras personas que estuvieren

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consulta el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

en las mismas circunstancias, pero que no fueren parte del mismo proceso de tutela, a través de figuras como los efectos *inter pares* o *inter comunis*, semejantes, aunque ciertamente no idénticas”. En ambas hipótesis se produce un efecto directo como consecuencia de la decisión adoptada, que alcanza a personas que incluso pudieren no haber sido aún identificadas, pero que encontrándose en la misma situación fáctica y jurídica, podrían reclamar también el beneficio resultante de la respectiva decisión de tutela²⁶¹.

Pero la sentencia en cuestión trasciende porque haciendo eco del verdadero significado de la jurisprudencia como medio para aquilatar los derechos fundamentales, le otorga vigor a las decisiones de las Cortes, cuando actúan como organismos de cierre, tornando obligatorios sus precedentes. En efecto, explica la Corte: *“Según se desprende de lo sostenido de manera progresiva por la jurisprudencia constitucional desde los inicios de este tribunal, el precedente contenido en sus sentencias, así como en las emitidas por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, también en lo relativo a su función de órganos de cierre, tiene carácter obligatorio frente a la toma de futuras decisiones, y no meramente indicativo como antaño se entendía”*²⁶².

Y en esa línea de pensamiento, insiste en que todos los jueces cuando deban resolver:

*“(…) Un caso que desde el punto de vista fáctico resulte análogo o semejante a otro(s) resuelto(s) en el pasado, que en tal medida tenga(n) el carácter de precedente(s) aplicable(s), este(os) último(s) deberá(n) ser tomado(s) en cuenta, en protección de la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima de los asociados. En todo caso, se ha aclarado que tomar en cuenta no necesariamente significa fallar exactamente en el mismo sentido, pues según se ha advertido, queda siempre abierta la posibilidad de que el juez que se dispone a fallar se aparte de ese precedente y adopte una solución diferente, pese a la similitud de los casos, siempre que sustente con razones y motivos sólidos, reales y suficientes que así lo justifiquen”*²⁶³.

En ese contexto, es indudable que el rumbo que ha tomado la jurisprudencia en el Estado Constitucional y Social de derecho, permite inferir que el arbitrario e injustificado desconocimiento de las decisiones de unificación jurisprudencial, de la doctrina probable y de los precedentes con relación a derechos fundamentales, o en los temas propios que corresponde resolver a los organismos judiciales autorizados en instancias finales; su inobservancia por parte de ellos o de los jueces inferiores dará lugar a la promoción de los recursos respectivos, incluida la propia acción de tutela.

De tal modo, que, dentro del gran arsenal de sentencias, únicamente la parte resolutoria tiene aplicación interpartes, salvo casos especiales que implican efectos

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consulta el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

²⁶³ *Ibidem*.

omnicomprensivos; pero la parte motiva escapa a tales efectos limitativos y se convierte en fuente de construcción de jurisprudencia por medio de precedentes obligatorios o persuasivos para todas las autoridades y personas, cuando se trata de resolver casos futuros y semejantes.

3.7 LA FUNCIÓN UNIFICADORA DE LA JURISPRUDENCIA Y DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SUS VENTAJAS

El recorrido de la evolución y vicisitudes de la jurisprudencia muestra que esta fuente formal se edifica en factor relevante de unificación y de aquilatamiento de los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica, y cuya función creadora se halla en manos de todos los jueces, pero especialmente en los órganos jurisdiccionales o autoridades dispuestas en el ordenamiento jurídico, como encargadas de la unificación, u órganos vértices de jurisdicción.

Esa tarea implica asegurar uniformidad en reglas interpretativas, de criterios de construcción de precedentes y de apartamiento de estos, en pos de cumplir los principios, valores y derechos que prohíja el Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho. Esa uniformidad dimana no únicamente de las sentencia de la Corte Constitucional sino también de las decisiones de otras Cortes como órganos límites. Precisamente en la Sentencia C-816 de 2011, se reconoció que:

“(…) [L]a fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, (...), derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial”²⁶⁴.

La tarea unificadora se refleja cuando el mismo derecho continental, empieza a consolidar la categoría *jurisprudencia constante*²⁶⁵, tanto al interior del sistema francés, como en el derecho español la *doctrina legal*; no tanto, como rehabilitación o iniciación de un movimiento que da valor normativo a las decisiones judiciales, porque el art. 4 del C. C. francés ya se lo había otorgado, sino como el convencimiento del papel vivificador y dinámico que debe cumplir la jurisprudencia para solucionar las lagunas, las contradicciones, los silencios, las fisuras o las

²⁶⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-816. Expediente D-8473. (1, noviembre, 2011). M.P. Mauricio González Cuervo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultado el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-816-11.htm>

²⁶⁵ El profesor Arthur L. Goodhart, en su obra *El precedente*, analiza la similitud entre la jurisprudencia constante y el precedente inglés.

insuficiencia de la ley; y como medio para superar un exclusivo y parcializado ejercicio de la racionalidad judicial frente a los textos fríos de la ley.

La unificación de la jurisprudencia por medio de la utilización de criterios estables significó el reconocimiento de las limitaciones de la ley como una expresión de la voluntad popular, vertida en forma abstracta y general, que no podía contener la solución a todos los problemas cotidianos porque, de lo contrario, incurriría en un casuismo estéril, que socavaría los principios de generalidad y de abstracción que debe cumplir un texto legal.

Precisamente, la importancia de la jurisprudencia a partir de la revolución francesa se materializa en el recurso extraordinario de casación, porque al paso que permite denunciar las sentencias que infrinjan la ley, el carácter nomofiláctico del recurso es revestido de otra importante finalidad, consistente en unificar la jurisprudencia. De esa forma, se asienta la *jurisprudencia constante*, emanada de la Corte de Casación mediante jurisprudencias reiteradas. La ulterior desaparición en Francia del *referé legislativo*, condujo a redimensionar la función de la Corte de Casación, al asignarle como función propia la tarea de uniformar la jurisprudencia y se le reconoce el poder unificador haciendo cumplir las doctrinas insertas en sus fallos por todos los jueces.

En España, con cierto carácter imperativo, la *doctrina legal*, torna la jurisprudencia en fuente obligatoria para los jueces inferiores y para tal propósito, el ordenamiento incluye la violación de la doctrina legal como causal autónoma de casación para quebrar el fallo recurrido, cuando llegare a desconocerse la eficacia de la jurisprudencia.

La doctrina legal tiene su origen en España con el Decreto del 4 de noviembre de 1838 que introdujo el recurso de nulidad contra pleitos civiles²⁶⁶, el cual ya se había establecido en la Constitución española de 1812²⁶⁷, cuando vino a sumarse a los recursos de segunda suplicación²⁶⁸ e injusticia notoria²⁶⁹.

En Colombia, propósitos análogos, se encuentran materializados en el centenario precepto, hoy vigente, sobre la *doctrina probable*, el art. 4 de la Ley 169 de 1896, según el cual: “*Tres decisiones uniformes dadas por la CSJ. como tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta, para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue errónea las decisiones anteriores*”.

²⁶⁶ BÁDENAS ZAMORA, Antonio. *El patrocinio del justificable pobre en la España liberal (1833-1868)*. Madrid: Editorial Dykinson, 2005. p. 413. ISBN 8497726928, 9788497726924.

²⁶⁷ Antes “(...) las leyes de Partida ya habían escrito la palabra nulidad, permitiendo que se reclamara contra ella en el tribunal competente (...)”: Comentario al Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad. Escrito por Joaquín Francisco Pacheco, p. 6.

²⁶⁸ Recurso supremo contra las sentencias de revista dictadas por las Audiencias o por los Tribunales Superiores cuando los pleitos eran muy grandes o de “cosa ardua”, el cual debía formularse oportunamente dentro de los veinte días siguientes a la notificación y que exigía prestar una fianza o caución de 1500 doblas en caso de confirmarse la sentencia.

²⁶⁹ Cuando los jueces juzgaban arbitrariamente en contra de lo probado o en contra del derecho.

Pero al mismo tiempo en la familia del *Common Law*, surge el precedente con gran vigor a partir del *case Law*; el cual, es trasplantado a América Latina por la circulación de modelos judiciales que acompañan el proceso de globalización, no siendo Colombia la excepción. De ese modo, al interior de la Corte Constitucional empezó a adquirir una fuerza inusitada, el precedente, fortalecido por la aplicación e interpretación que se le dio al art. 241 de la C. N., en esa misma dirección.

Ventajas de la unificación jurisprudencial:

Algunas de las ventajas y necesidades para unificar la jurisprudencia en los sistemas jurídicos, son las siguientes:

1. La jurisprudencia es criterio auxiliar interpretación, porque en nuestro sistema la ley y la Constitución son la fuente principal en la producción normativa; y algunas modalidades son obligatorias, no obstante, los jueces pueden separarse justificando su apartamiento.
2. La ley y la Constitución por su generalidad no contienen todas las soluciones, de modo que, en muchos casos no basta aplicarlas para llegar a una solución justa y certera en los casos concretos.
3. La unificación de la jurisprudencia facilita uniformar los fallos judiciales para alcanzar la igualdad de las personas ante la administración de justicia.
4. La unificación de la jurisprudencia es cometido principal de las Cortes de cierre en sus respectivas especialidades. Así, por ejemplo, el artículo 10 del C.P.A.C.A., impone ese propósito en la jurisdicción contencioso - administrativa (Sent. C-634 de 2011) por medio de la unificación jurisprudencial y la extensión de la jurisprudencia, y a la Corte Suprema de Justicia a través de sus atribuciones como Corte de Casación.
5. Para unificar la jurisprudencia debe observarse que la parte resolutive de las sentencias, salvo algunos casos, tiene efectos interpartes, sin embargo, la parte motiva y su núcleo, la *ratio decidendi* puede fijar reglas abstractas. En este contexto, se entiende como “(...) *la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive*”²⁷⁰.
6. La tarea de unificación implica que los jueces de menor jerarquía están sometidos a las directrices de las decisiones de los jueces de cierre jurisdiccional, porque sus decisiones tienen efectos generales sobre los tribunales y juzgados, a fin de garantizar la igualdad, la uniformidad y la seguridad jurídica, cuando los casos son

²⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

similares²⁷¹, pero además que los jueces respeten sus propios criterios expuestos anteriormente.

7. La unificación jurisprudencial implica dar coherencia al sistema jurídico, consistencia y estabilidad, de tal forma que las personas puedan razonablemente prever cómo, en el futuro, podrán ser falladas sus controversias.

8. Ninguna interpretación en el proceso de unificación de la jurisprudencia puede ir en contravía de la Carta, puesto que las fuentes de producción normativa han de guardar unidad por virtud de la coherencia sistémica y política que debe observar una estructura jurídica en cada Estado, pues significaría desconocer la supremacía constitucional, los principios, valores y los que la inspiran una Nación.

9. La unificación de la jurisprudencia es un medio para abogar por el derecho a la igualdad, porque no es lícito que, casos semejantes sean resueltos de manera diversa por los jueces.

10. Impone, además, una disciplina racional a los jueces, criterios de universalidad, para que no decidan casos semejantes en forma desordenada o desarticulada desconociendo sus precedentes o los de los jueces de cierre.

En el anterior sentido, la Corte Constitucional ha señalado:

“Aunque la labor hermenéutica del funcionario judicial está rodeada de garantías, como la independencia y autonomía funcional, ello no tiene un sentido absoluto, sino que dicha labor está sometida a importantes condicionamientos. De una parte, la jurisprudencia de los máximos tribunales que, bajo la institución del precedente y el principio *stare decisis*, vinculan directamente a todos los funcionarios judiciales (y a todas las autoridades públicas, tratándose de la Corte Constitucional). Así mismo, se imponen reglas precisas relativas a la validez del ejercicio hermenéutico: razonabilidad, ausencia de capricho y de arbitrariedad (...)”²⁷².

En relación del principio de razonabilidad, precisó:

“La razonabilidad se relaciona con la admisibilidad o corrección de las conclusiones a las que arriba el intérprete. No se trata, simplemente, de que tales conclusiones resulten absurdas o no, sino que las conclusiones deben ser compatibles con el marco axiológico, deóntico y consecuencialista definido en la Constitución y en el cuerpo normativo del cual hace parte el texto interpretado. El capricho, por su parte, se presenta en las ocasiones en las cuales el intérprete no sustenta o argumenta debidamente sus conclusiones”²⁷³.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-546. Expediente T-573149. (18, julio, 2002). M.P. Eduardo Montealegre Lynett [en línea]. Bogotá, D.C.: 2002 [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-546-02.htm>

²⁷³ *Ibidem*.

Y respecto al principio de proporcionalidad la misma Corte Constitucional ha asentado, que se integra por tres elementos:

“Bien es sabido que el principio de proporcionalidad, en sentido amplio, está conformado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero se refiere a que la medida conduzca o favorezca la obtención de un fin legítimo perseguido por el Estado; el segundo alude a que la medida no se justifica si la finalidad puede ser alcanzada por otro medio igualmente eficaz, y que a su vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor; en tanto que el último exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y por otra, el peso de las razones que lo justifica”²⁷⁴.

11. La jurisprudencia es una labor judicial de integración de la racionalidad de los jueces expuesta en sus providencias. Ellos leen la realidad con los ojos de la ley, la interpretan y la adaptan a los hechos concretos, para poner en diálogo el pasado inserto en la ley, con el presente; pero también, los hechos de ayer objeto de juzgamiento, en procura de proyectar las decisiones para el futuro, en aras de restablecer los derechos.

12. Por medio de la jurisprudencia el juez le introduce vida, dinamicidad, sentido y fertilidad a la norma, especialmente cuando la enfrenta al presente para proyectarla hacia el futuro. Juzga el pasado con una norma del pasado, pero con su labor la actualiza en el presente para restablecer el derecho y fijar derroteros con justicia a la vida de las personas y de la comunidad.

13. La labor jurisprudencial la encuentra el juez en forma abstracta en la ley, pero la concretiza cuando juzga un caso determinado ayudado de elementos políticos, morales, sociales o psicológicos de cada momento; por ello su labor no puede predicarse ajena a factores extrasistémicos.

14. La jurisprudencia es el correctivo para la carencia de cambio legislativos o para la permanencia en el pasado de textos legales, que deben adjudicar derechos hoy y, en el futuro. Pero esa tarea es siempre actual y de sentido para el porvenir cuando el juez es creativo e interpreta las nuevas necesidades.

15. La jurisprudencia es la forma de desarrollar el derecho, sea porque la norma es oscura, incompleta o contradictoria, desueta o incoherente, o insuficiente para resolver el problema. Esa labor es un proceso de creación y de complementación de fuentes jurídicas, pero, ante todo, de armonización del ordenamiento en procura de resolver un problema. Es la materialización de un diálogo entre el poder legislativo y el poder judicial utilizando la ley, los principios generales de derecho, lo justo y lo equitativo, en procura de dar una solución justa, justificada y motivada

²⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-670. Expediente D-4865. (13, julio, 2004). M.P. Clara Inés Vargas [en línea]. Bogotá, D.C.: 2004 [20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-670-04.htm>

para que sea acatada por la comunidad, que eventualmente pueden convertirse en pauta para casos futuros.

16. Finalmente, pero no menos importante, la unificación de la jurisprudencia garantiza el mantenimiento de la seguridad jurídica. Para algunos, la seguridad jurídica es un principio prevalente, para otros, no lo es; empero, su propósito es evitar la arbitrariedad del Estado y de sus funcionarios y su capricho; es buscar la igualdad en la aplicación homogénea del derecho; no obstante, como es imposible precaver todo, coexistirá cierto margen de discrecionalidad consustancial en cada situación, dado el carácter abstracto de una norma o la concreción de un precedente. Como todas las situaciones no son idénticas, siempre aparecerán opciones para el pensamiento y la acción judicial ante cada enunciado fáctico.

La seguridad jurídica implica al interior del Estado, que éste expida normas de derecho positivo u objetivo muy claras, y, del mismo modo, que las instituciones en el marco jurídico político sean estables. Esas son precondiciones para la seguridad jurídica desde el punto de vista jurisprudencial, por ello, los jueces deben contar con disposiciones claras y duraderas y con una estructura administrativa estable, que implemente un régimen de carrera y prevenga la inestabilidad judicial. Así, las autoridades judiciales podrán expedir decisiones homogéneas, armónicas, que respondan a la realidad, que no sean disfuncionales, *ad hoc* o excepcionales.

El principio implica igualmente la observancia de previsibilidad y de coherencia, sin condicionamientos políticos o de poderes exógenos, diferentes a la autonomía e independencia judicial, sin desechar la equidad y la justicia.

Algunos de los medios para optimizarla son la unificación de la jurisprudencia, la construcción del precedente, y la observancia del respeto a las propias decisiones y a las de los organismos de cierre. De tal modo que, cuando el juez va resolver un asunto debe observar prelativamente la Constitución y la ley, aplicando las consecuencias previstas en las correspondientes disposiciones, y de existir silencio, deberá acudir a las demás fuentes.

Ahora, algunas de las soluciones pueden estar previstas legalmente, pero admiten interpretaciones diferentes. Para hallar la adecuada, necesariamente debe acudirse a las otras fuentes, como criterios auxiliares de interpretación, clasificando las concurrentes, disímiles o complementarias, teniendo en cuenta que algunas son obligatorias, pero buscando que sean relacionadas con el caso en procura de escoger la solución correcta.

La seguridad jurídica en tiempos de globalización cumple un plus, consistente en la protección de la libertad ciudadana y la estabilidad de las relaciones socioeconómicas, como antídoto para variaciones arbitrarias que afectan inopinadamente las relaciones sociales, el intercambio económico, la relación obligatoria y el derecho contractual, entre otros aspectos.

3.8 CASACIÓN Y JURISPRUDENCIA. LA REIVINDICACIÓN DE LA UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

La importancia de la jurisprudencia a partir de la revolución francesa se materializa en el recurso extraordinario de casación, con el Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790, expedido por la Asamblea Legislativa francesa, porque, al paso que permite denunciar las sentencias que infrinjan el texto legal, el recurso, junto al carácter nomofiláctico, queda también revestido de la finalidad de unificar la jurisprudencia. De esa forma, se asienta la *jurisprudencia constante* en Francia con carácter persuasivo, y en España, con un tono más imperativo, por medio de la *doctrina legal*, tornándose en fuente obligatoria para los jueces inferiores, de modo que la violación de la doctrina legal se instituye como causal autónoma de casación para quebrar el fallo recurrido, cuando desconoce la eficacia de la jurisprudencia.

El movimiento revolucionario luminosamente no solo introduce la codificación, cual ya se expuso, también empotra el recurso y la Corte de Casación con funciones políticas y jurisdiccionales, surgiendo el medio extraordinario como el instrumento con mejores condiciones para procurar los fines políticos del Estado Nación²⁷⁵, tal cual se halla plasmado en sus finalidades clásicas principales, la nomofilaquia o defensa de la ley, y de la unificación de la jurisprudencia, de tal modo que se garantice la unidad del Estado y la aplicación igualitaria de la ley.

Por ello, los críticos con relación a la aniquilación de la jurisprudencia como fuente de derecho, pierden todo su crédito si se mira la Ley de 1 de abril de 1837 que introdujo reformas y complementó el recurso de casación, transformándolo también en instrumento jurisdiccional, añadiendo a la función meramente negativa de casar o quebrar los fallos por ilegalidad o antinomofilaquia (*iudicium rescindens*), la función positiva (*iudicium rescissorium*), de tal modo que con la tercera casación sucesiva o consecutiva del mismo caso, la Corte de Casación queda revestida de plenas funciones jurisdiccionales, obligando con sus decisiones al juez, y no siendo ya necesario aplicar el arbitraje legislativo (*referé facultatif*) o interpretación auténtica por parte del legislativo para determinar cuál podría ser el sentido de la ley, o cómo debía llenar el vacío legal; debiendo ser obedecido el fallo casacional, y obligando al juez cuya sentencia es casada a dictar el fallo sustitutivo, cual lo sentenció la Corte de Casación.

Como muy bien lo apunta, Hualde López, 1837 en materia de jurisprudencia, marca un hito, porque en 1790: “Los revolucionarios franceses rechazaron la posibilidad

²⁷⁵ En el punto, luego de analizar la evolución histórica del recurso, tal cual lo he planteado en mi obra *Teoría y técnica de la casación*, 2 ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2008, comparto plenamente con Calamandrei que el recurso de casación halla su génesis en el Derecho francés, primero con auténticas funciones políticas para hacer observar la nomofilaquia, y luego desde 1837, complementado con funciones jurisdiccionales (. P. Calamandrei, *La casación civil*, t. I., vol. 2, pp. 25 a 34). De modo que su origen no se encuentra en el sistema judicial inglés, según criterio defendido por N.M. Conzo, *Cosa giudicata*, y B. Waldeck, *Nichtigkeitsbeschwerde*, al querer situarlo en la facultad de la Cámara de los Lores para resolver en última instancia recursos contra decisiones de tribunales inferiores; como del mismo modo opina Calamandrei, tampoco se halla en el sistema judicial de los Estados Unidos, cuando la Corte Suprema controla la constitucionalidad de las leyes y resuelve reclamaciones de inconstitucionalidad; otra circunstancia, es su analogía con la casación.

*de que el Tribunal de cassation pudiese desarrollar cualquier tipo de interpretación jurisprudencial. Sin embargo, con el paso del tiempo este órgano sufrió una evolución, pasando su función principal de controlar al poder judicial a unificar la jurisprudencia de los tribunales*²⁷⁶.

Según Hualde, los revolucionarios franceses crearon el Tribunal de Casación, con el objetivo de uniformar las decisiones judiciales, y el modo de lograrlo, afirmando en este sentido.

“Esta evolución fue posible por la desaparición de la desconfianza que los revolucionarios franceses tenían respecto al poder judicial, heredada de los acontecimientos vividos en el Antiguo Régimen (*Ancien Régime*); y por la codificación del Derecho positivo, condición indispensable para la uniformidad de la jurisprudencia, lo que se produjo a través del Código Civil francés (*Code Civil des Français*) de 1804. Así se distinguía entre la ya referida interpretación auténtica, correspondiente al poder legislativo; y la jurisprudencial, cuyo desarrollo tenía que ser encomendado al poder judicial para no restarle toda operatividad práctica”²⁷⁷.

En consecuencia, se dio la razón a aquéllos que abogaban por las dificultades intrínsecas de la ley, para resolver todos los casos en el quehacer judicial diario. Hualde sobre lo particular, expone:

“(…) Se reconoció la imposibilidad de que el Derecho positivo recogiese todos los supuestos susceptibles de acontecer en la vida real, así como el derecho, y a la vez obligación, de los jueces de interpretar la ley en el asunto concreto que les era planteado para su resolución, con la consiguiente derogación del referé facultatif. Y de ello siguió la necesidad de que los múltiples criterios interpretativos de los tribunales ordinarios fuesen uniformizados por el Tribunal de cassation”²⁷⁸.

No obstante, Julien Bonnecase, para mostrar la aversión del sistema francés decimonónico de carácter jurídico, y su desarrollo histórico subsecuente, como tendencia abiertamente opuesta a la tarea del juez como factor de producción del derecho, incurso como mero aplicador de la ley, al paso que define, el concepto de jurisprudencia es terminante y categórico en afirmar que la misma *“(…) no es en manera alguna fuente formal de reglas de derecho y de instituciones jurídicas. Al contrario, es más exacto sostener que los tribunales tienen por función primordial el ser los guardianes de la ley y el asegurar la plenitud de su aplicación*”²⁷⁹.

A su juicio, las excepciones de inconstitucionalidad y de ilegalidad, como función de los tribunales, son comprobaciones, según las cuales *“(…) la jurisprudencia no*

²⁷⁶ HUALDE LÓPEZ, Ibón. Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés. En: *Revista editada por el Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid* [en línea]. Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 9, no. 1, 2017. p. 181. - CDT EISSN: 1989-4570. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3618/2186>

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ *Ibíd.*

²⁷⁹ BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del Derecho*. Traducción de GUERRERO, Jorge. Bogotá, D.C.: Edicolda, 1976. p. 164-165.

*puede tener en el mecanismo del derecho positivo la misma función que la ley, cuya observancia asegura*²⁸⁰, a continuación refuerza la tesis, apoyado en el principio de separación de poderes y en los arts. 4 y 5 del C.C. francés; y en efecto, no se puede “(...) clasificar la jurisprudencia entre las fuentes formales de las reglas de derecho”²⁸¹. Continúa apoyándose en los argumentos de autoridad de Berthélem con su *Tratado elemental de derecho administrativo*, así como en Esmein, con el *Curso elemental de historia del derecho francés*²⁸², de tal modo que, si la función de la jurisprudencia es zanjar las dificultades en la aplicación de las reglas de derecho, no puede hallarse en el plan de crearlas.

Continuado en su tesis demoledora contra la tarea del juez como creador de derecho por medio de sus decisiones, contrastando, los arts. 4 y 5 del C.C. francés, señala que si con anterioridad los jueces podían dictar sentencias reglamentarias (que hacían de la jurisprudencia una fuente formal), esa función desapareció con el art. 5 de la nueva codificación, el cual “(...) hace inmediatamente desaparecer esta impresión, puesto que una regla de derecho tiene un alcance general, y, precisamente, se prohíbe al juez pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria”²⁸³.

Prosiguiendo el debate sobre la imposibilidad de crear o de expedir decisiones con carácter general y abstracto por parte de los jueces, Bonnacasse acude al recurso de casación analizando las sentencias que profiere el Tribunal correspondiente, entre ellas, las de principio, en cuanto plantean una doctrina determinada, y las de especie, en las cuales, la Corte queda sometida rigurosamente a los hechos objeto de estudio, para inferir en pro de su tesis: “Es evidente que cuando la Corte de Casación se haya pronunciado sobre un punto determinado por una sentencia de principio, los tribunales inferiores tendrán una tendencia natural a conformarse a ella, en lugar de exponer a casación sus decisiones. Pero esto no es una regla obligatoria ni una regla absoluta”²⁸⁴, por cuanto no es raro ver a Tribunales levantarse contra una jurisprudencia de la Corte de Casación, y, además, la misma Corte, no duda en rectificar sus propias decisiones. En fin, esos hechos demuestran por sí solos y en forma perentoria, que la jurisprudencia no es fuente jurídica formal.

Sin embargo, como se ha estado sosteniendo en contra de la opinión mayoritaria, en esa oportunidad, desde la propia visión de los revolucionarios con la codificación de 1804, la jurisprudencia fue y continuó siendo fuente formal del derecho, y el juez no era un simple autómatas en su aplicación, para tenerlo como la boca de la ley.

En el “*El Espíritu de las leyes*”, Montesquieu al exponer su teoría tripartita del poder dividido en tres funciones, aparentemente asigna al judicial un rol secundario. Sin embargo, lo atribuye en forma estática, como un simple instrumento de la ley, por

²⁸⁰ BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del Derecho*. Traducción de GUERRERO, Jorge. Bogotá, D.C.: Edicolda, 1976. p. 165.

²⁸¹ *Ibíd.*

²⁸² *Ibíd.*, p. 166-167.

²⁸³ *Ibíd.*, p. 167.

²⁸⁴ BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del Derecho*. Traducción de GUERRERO, Jorge. Bogotá, D.C.: Edicolda, 1976. p. 167.

medio de un silogismo de subsunción a los hechos, reconociendo el derecho, para hacer eficaz las consecuencia previstas en la norma, según la expresión “*el juez como boca de la ley*”, entresacada de esta obra cuando expresa: “*Los jueces de la nación no son (...) más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes*”²⁸⁵.

Empero, al papel premonitorio del artículo 4 del C.C. francés que no solamente autoriza, sino que impone la obligación de interpretar la ley por parte del juez, en forma oficial, se complementa con la trascendental reforma del 1 de abril de 1837, otorgando un rol protagónico a los sentenciadores en su función de aplicar justicia, y a las Cortes de Casación como tribunales encargados de la tarea de unificar la jurisprudencia, fijando criterios hacia el futuro para los jueces de menor jerarquía.

Desde ese momento la casación hija del seno de la revolución francesa²⁸⁶, como valiosa aportación para la creación de un Estado de Derecho democrático, queda diseñada con los fines que hoy pregonan las legislaciones de los diferentes países que han plasmado el recurso extraordinario, y la Corte de Casación asume el vértice de la organización judicial y se convierte en rector de la jurisprudencia.

Los artículos 21 y 22 del Decreto fundacional de la casación establecieron que al reiterarse el reenvío por parte de los jueces de instancia del asunto objeto de la impugnación extraordinaria al Tribunal de Casación, el recurso debía ser remitido al cuerpo legislativo, quien dictaba un decreto indicando la forma como debía aplicarse o interpretarse la ley, excluyendo de esta función al Juez de Casación, empero, al expedirse el Decreto de 1 de abril de 1837, se elimina ese trámite legislativo y queda depositada la función interpretativa en la propia Corte o Tribunal de Casación.

Esta disposición determina cuál es la autoridad que tendrán a partir de esa fecha las sentencias dictadas por la Corte de Casación luego de dos recursos, cuando ordena:

“Art. 1^{er}. Lorsque, après la cassation d’un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendus dans la même affaire, entre les mêmes parties, procédant en la même qualité, sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la Cour de cassation prononcera, toutes les chambres réunies.

“2. Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la cour royale ou le tribunal auquel l’affaire est renvoyée se conformera à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par celle cour. (Subrayas ex texto).

²⁸⁵ MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid: Tecnos, 1995.

²⁸⁶ Para un análisis en detalle Jacques et Louis BORÉ (2009-2010), *La cassation en matière civile...*; Loïc CADIET (2016), “*El rol institucional y político de la Corte de casación en Francia: ¿Tradición, Transición, Mutación?*”, en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI. *Sobre el régimen y funciones actuales de la casación en Francia*, véanse, por todos: Bachellier, X., *La technique de cassation* (París, Dalloz, 2003); BORÉ, J. L., *La cassation en matière civile* (París, Dalloz, 2003); y CADIET, L., *El sistema de la casación francesa*, en Ortells Ramos (coordinador), *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa / Appeals to Supreme Courts in Europe*. Coloquio de Gandía y Valencia, 6, 7 y 8 de noviembre de 2008 (Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008).

" 3. La cour royale statuera en audience ordinaire, à moins que la nature de l'affaire n'exige qu'elle soit jugée en audience solennelle"²⁸⁷.

En forma puntual y tajante, el Decreto transcrito, asienta, tras eliminar *referé obligatoire*, la obligación del juez, corte o tribunal de instancia para que, casada la sentencia por el tribunal de casación, reciba la actuación judicial y siga los criterios y la doctrina desarrollada por la sentencia de casación, del tal modo que aunado al carácter eminentemente político que revestía la casación como instrumento garante de la ley y de la Constitución, adquiere simultáneamente la función jurisdiccional, en cuanto actúa como Juez con funciones falladoras, a fin de unificar la jurisprudencia, tornándose su decisión final de carácter imperativo. Se trata de un criterio vinculante después de un segundo reenvío cuando era casado dos veces bajo un criterio que necesariamente debía aplicar el juez que remitía el asunto a la Corte de Casación.

En Francia, con la Ley 1 de abril de 1837 el Tribunal de casación conquista, sin despojarse de las funciones políticas su naturaleza jurisdiccional en forma definitiva, por cuanto hasta el momento únicamente fungía históricamente como Tribunal intermedio entre las funciones legislativas y los jueces. Pero el carácter imperativo y unificador en perspectiva jurisprudencial, es decisivo e indiscutible con el Decreto de 1° de noviembre de 1837, cuando expresa: "8...) se conformera à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par celle cour".

Esa función en primer lugar la adquiere al convertirse en vértice de la jurisdicción ordinaria con la posibilidad de fijar líneas y criterios jurisprudenciales de carácter vinculantes para los tribunales, unificando la labor jurisprudencial, potenciada por la eliminación del *referé* legislativo²⁸⁸.

Pero, además, adquiere su naturaleza jurisdiccional, pues se torna también en medio de reparación del agravio inferido por la sentencia a las partes, y en autoridad por esencia jurisdiccional ubicada en la cúspide de la jurisdicción frente a la tarea de interpretar la ley y fijar pautas jurisprudenciales, de manera que los justiciables conozcan con certeza las reglas, los criterios o la forma como los jueces fallarán las futuras controversias. Sobre la cuestión, Delgado Castro opina:

²⁸⁷ DUVERIER, J.B. Colección completa de *LOIS, DECRETS, ORDONNANCES, REGLEMENS, ET AVIS DU CONSEIL-D'ETAT* Avis du Conseil -D'État, de 1788 a 1824, publicado sobre las ediciones oficiales, Tomo 37, años 1837. Paris: Bousquet, Directeur de la Administración, Rue de Seine, No. 56, 1838, p. 83. La traducción propia del texto es en líneas generales: "Art. 1. Cuando luego de la casación de un primer fallo o juzgamiento rendido en última instancia, la segunda decisión o juzgamiento relativo al mismo asunto, entre las mismas partes, y en la misma condición, sea atacado por los mismos medios que el primero, la Corte de casación, en reunión de todas las Salas se pronunciará. Art. 2. Si la segunda sentencia o juzgamiento se casa por los mismos motivos que la primera la Corte real o el tribunal al que el asunto haya sido reenviado se ajustará a la decisión de la corte de casación sobre el punto de derecho juzgado por esa Corte. Art. 3. La Corte real decidirá en audiencia ordinaria, a menos que la naturaleza del asunto exija que sea decidida en audiencia solemne". (Las subrayas del texto francés y de la traducción son propias).

²⁸⁸ Para entender el concepto de *referé* legislativo, ver mi obra Teoría y Técnica de la Casación al estudiar la evolución histórica y el surgimiento en Francia del recurso de casación.

“La evolución, en términos generales, de la casación francesa culminará con las leyes de 1 de abril de 1837 y de 7 de noviembre de 1979, que terminaron de reformar el mecanismo del reenvío. De este modo, el recurso de casación se transformará en un recurso de corte jurisdiccional. El objetivo principal del recurso será la tutela de los derechos de los litigantes y, además, se instruirá en un elemento uniformador en la interpretación y aplicación del derecho por parte de los diferentes órganos jurisdiccionales”²⁸⁹.

La virtud de los franceses y sus corrientes iusnaturalistas consiste en hallar las falencias en la sistemática romana y desde el derecho natural, exponer un orden racional, apoyado no en lo sacral, sino en las fuentes formales del derecho, con una capacidad creativa, a tono con las necesidades del nuevo orden estatal que inaugura a revolución de 1789.

En efecto, con la Revolución Francesa que, culminó con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la vieja interpretación judicial y el antiguo régimen sucumben, por múltiples y relevantes razones frente a la práctica judicial, tales como “(...) *la desconfianza en los jueces quienes no motivaban sus sentencias* (...)”²⁹⁰, así como por la aparición de la nueva institución política y jurídica del Estado-Nación que demanda una forma especial de construir jurisprudencia que aquilate la nomofilaquia, también ante el tránsito de una mansión teocéntrica de la Edad Media y de la época feudal o “*ancien régime*” a una mansión antropológica, y ante la necesidad de defender el giro del desueto sistema absolutista del *Rex fons regem* al de *Lex fons regem*, el cual ahora, ubica a los ciudadanos, al menos en forma abstracta, en pie de igualdad.

Se trata de un nuevo paradigma para el recurso de casación, que se constituye desde la perspectiva del poder judicial, en un elemento dinámico del Estado democrático, adquiriendo el doble atributo, tanto de carácter político como jurisdiccional, al rescatar positivamente la tarea de los jueces por medio de un recurso que nace con funciones político-revolucionarias y se complementa con las judiciales. Los revolucionarios intuyen un:

“Tribunal de Casación en 1790, cuya misión era mantener la unidad de la legislación y prevenir la diversidad de jurisprudencia, lo que impulsó el surgimiento de una jurisprudencia uniforme con las leyes promulgadas. Los jueces del citado tribunal disponían de libertad para determinar la norma antigua a aplicar ante las lagunas de las nuevas leyes, lo que les permitió extraer un derecho común consuetudinario basado en los principios generales, pues ante los conceptos recientes de los códigos, tuvieron que precisar el sentido de los vocablos, de ahí que se desarrollara un análisis para explicar cuál era el verdadero o exacto contenido de las nuevas normas, lo que trajo como resultado la elaboración de teorías jurisprudenciales, con la idea de extraer los principios o máximas

²⁸⁹ DELGADO CASTRO, Jordi. *La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina*. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea] Valparaíso, Chile: dic. 2009, no. 33. p. 345 – 367. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200009>

²⁹⁰ TORRES ZÁRATE, Fermín. *La Jurisprudencia, su evolución*. En: *Alegatos*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana. México: mayo/agosto de 2009, núm. 72. p. 164.

contenidos en la ley”²⁹¹.

Precisamente a partir de “(...) *la promulgación del Código Civil francés de 1804, que en su artículo 4" prohibía a los jueces dejar de juzgar en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, se desarrolló la tendencia en la fundamentación de las sentencias, con base en razonamientos que explicaran el porqué de la decisión tomada, lo que originó el avance de una jurisprudencia al servicio de la ley, así mediante aquella se aplicaba la ley, y de ninguna manera pretendía sustituirla*”²⁹².

De esta manera, la casación francesa surge con el propósito de formar identidad nacional y Estado de Derecho, como un medio de control judicial que representa y reivindica la naturaleza política de la Casación, pero al mismo tiempo se gesta con una naturaleza jurisdiccional para resolver las causas concretas en el vértice de la decisión jurisdiccional. Su perspectiva política se puede caracterizar por las siguientes circunstancias:

1. Se introduce como un medio de defensa de la soberanía nacional y popular. Precisamente, los contractualistas y los iusnaturalistas abogaron por un contrato, un pacto o un convenio entre los súbditos o los ciudadanos con el soberano o el mandatario, con el fin de que la autoridad protegiera sus intereses a cambio de la seguridad que debía otorgárseles. Como medios de entendimiento idóneo aparece la Ley junto con el mandato revocable²⁹³. En este panorama tanto el Código, como la Corte de Casación y el recurso se instauran como los instrumentos de cumplimiento y de seguridad de las personas, motivo por el cual, todos se someterán libre y voluntariamente a la Ley otorgada por la propia ciudadanía, como voluntad del pueblo cuya autonomía depositan en los constituyentes. En ese sentido, los ciudadanos son quienes depositan la soberanía en el poder legislativo, y para preservar el poder ciudadano y la independencia en el ejercicio del poder instauran la Corte de Casación junto al cuerpo legislativo y el recurso como el medio de impugnación en cabeza de la Corte.

2. El recurso adquiere como finalidad principal la defensa del ordenamiento jurídico, integrado por la ley y la Constitución, por lo tanto, el ejercicio del control y protección del derecho objetivo compete a las Cortes de Casación como mecanismo para consolidar la unidad nacional, la coherencia al interior del Estado en cada una de sus parcialidades territoriales y por todas las autoridades, especialmente por quienes están encargados de aplicarla. Por ello la casación se organiza como un medio de control legal y constitucional, el cual se desarrolla y materializa en forma concreta como tarea nomofiláctica, de tal modo que cuando las decisiones judiciales

²⁹¹ *Ibíd.*

²⁹² TORRES ZÁRATE, Fermín. La Jurisprudencia, su evolución. En: *Alegatos. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*. México: mayo/agosto de 2009, núm. 72. p. 164.

²⁹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Traducción de J. Carrier. Barcelona: Ed comunicación, 1994. p. 63. Esta idea queda, además, manifiestamente expresada en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 26 de agosto de 1789: "la ley es la expresión de la voluntad general y debe ser la misma para todos tanto si protege como si castiga". Montesquieu, Ch. L., *Del espíritu de las leyes* (traducción de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Sarpe, 1984), I. p. 169.

infringen la Ley, los ciudadanos o los sujetos de derecho que intervienen en las diferentes controversias pueden denunciar los errores para que la Corte los corrija y ordene el restablecimiento del orden jurídico.

3. La principal conquista de los revolucionarios fue someter tanto a los gobernantes como a los ciudadanos a la ley, la aniquilación del absolutismo y la protección de la ciudadanía, para construir la democracia, la patria moderna, la República, edificada sobre el respeto a la Ley y cuya guardianía para su observancia se entrega a la Casación. Justamente, en ese panorama Robespierre ante la Asamblea Nacional Legislativa, postuló "(...) *Con profundo dolor expreso la fatal verdad: es mejor que muera Luis y que no pierdan la vida cien mil ciudadanos virtuosos; Luis debe morir, porque la patria debe vivir*"²⁹⁴. Analizada la decisión de la Convención que le da nacimiento a la casación, en sus diferentes artículos consagra expresamente como causales para impugnar las sentencias violatorias del ordenamiento jurídico en el Decreto fundacional un programa de defensa de la ley por falta aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, para cumplir con la función de protección y guardianía de la Constitución y de la ley.

4. La protección de los derechos subjetivos de las personas. El primer aspecto que podrían engendrar el resguardo de los derechos de las personas se halló en el obediencia a la ley, para procurar la libertad, la igualdad, así como la fraternidad, derechos subjetivos que solamente pueden materializarse en la medida en que se respete la Ley. Obviamente, en un ordenamiento muchos postulados pueden protegerlos en forma abstracta, tal como aconteció en aquella revolución con el derecho al sufragio, el cual no fue libre y directo, propiamente, sino censitario. En todo caso, la proclama de la declaración de los derechos del hombre constituyó un catálogo de derechos, cuya protección podía demandarse cuando los jueces en sus providencias se abstenían de cumplir la ley.

La *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* redactada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional Constituyente francesa, escasamente tres semanas después de abolido el feudalismo y de la toma de la Bastilla, se transforma por fuerza de los hechos en el presupuesto para la construcción de la República de Francia, como medio de protección de los derechos personales, comunitarios y universales, al punto que se transforma en el prefacio ulterior de otras codificaciones. Los objetivos de la declaración y sus propósitos de materialización forman parte del Decreto Fundacional de la Casación, porque precisamente, se estructura como mecanismo para censurar las decisiones que contravengan el texto expreso de la ley.

5. La separación de poderes. El recurso y el propio tribunal de casación buscó proteger la separación de poderes esencialmente entre el judicial y el legislativo, al punto de que el Tribunal de casación se ubicó en un lugar intermedio, junto a la Asamblea Legislativa como lo señala el mismo Decreto Fundacional para que mediara entre los legisladores y los jueces, de modo que estos no se apropiaran

²⁹⁴ TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. *Teoría y técnica de la casación*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2008. p. 25.

de la funciones del legislativo, razón por la cual depositó en el legislador la tarea de la interpretación auténtica cuando ocurría una tercera casación sucesiva o consecutiva, ante el descrédito que habían obtenido los jueces del antiguo régimen a fin de evitar sus excesos. En ese sentido, la función de interpretar y crear la ley quedó exclusivamente, en principio, en el poder legislativo, con el fin de prevenir pronunciamientos de los jueces con carácter general y abstracto, en la perspectiva del Decreto fundacional de 1 de noviembre, 1 de diciembre de 1790.

6. Con la Ley de 1º de abril de 1837, atrás trasuntada, la institución se complementa, capitalizando a su favor una función que, aunque jurisdiccional, es estrictamente política: de ejercer la labor de unificar la jurisprudencia. Ello al quedar revestida la Corte de Casación de la tarea y atribución de imponer su decisión sobre la interpretación o los puntos de derecho a la denominada jurisdicción o tribunal de reenvío, por el decaimiento del *referé legislatif* obligatorio.

La Ley de 1837 le otorga la soberanía necesaria al Tribunal de Casación porque puede imponer su decisión casacional a las instancias de la apelación o a los tribunales luego de dos reenvíos, de modo que el tercer tribunal o juez de apelación queda sometido, indefectiblemente, a la decisión de la Corte de Casación.

Ese papel determinante en la construcción del Estado de derecho ha sido silenciado por muchos teóricos, quienes ven en el recurso un medio eminentemente formalista y fetichista de la Ley, desconociendo su función política ligada con la defensa de los derechos, de las libertades, de la identidad nacional y de la materialización de la justicia, junto a la tarea histórica de dar coherencia jurídica al ordenamiento con su función nomofiláctica frente a las transgresiones del derecho objetivo o de los derechos subjetivos, pero también, como autoridad encargada de la unificación jurisprudencial.

No es una tarea unificadora meramente procesal, sino que también tiene un hondo contenido político, porque un único Tribunal pasa a concentrar la atribución unificadora, además, se convierte en cúspide de la pirámide judicial en procura de materializar de manera eficaz, la función de uniformidad jurisprudencial, asegurando el derecho a la igualdad, la confianza legítima y la seguridad jurídica.

3.9 OPOSICIÓN A LA JURISPRUDENCIA

Algunos de los criterios de quienes se oponen para que la jurisprudencia sea fuente del derecho:

1. La separación de poderes. No es tarea del juez desarrollar labores normativas. Ellas están limitadas al conocimiento y a la solución de casos propuestos por los particulares o por los otros poderes, dentro del marco de la jurisdicción y competencia del Estados, en la Administración de Justicia.

2. Las funciones de los jueces tienen unas atribuciones de acuerdo a los factores de competencia muy claros para la solución de casos, entre los cuales se destacan los factores objetivo, que obedece a la naturaleza y cuantía de la pretensión, el

factor subjetivo, el factor territorial a cuyo interior se destacan los foros o fueros; el factor funcional y el de conexidad. No es de su resorte dictar leyes de carácter general. Si el poder judicial está sujeto al imperio de la ley, no puede invadir la órbita del legislativo o del ejecutivo, al estar limitado por los factores de competencia.

3. Las sentencias no pueden contener la generalidad y abstracción de la ley, no proponen ni mandan conductas a seguir por todos, sencillamente porque constituyen una declaración concreta e interpartes. Es decir, son fuente de derechos subjetivos, pero no de derecho objetivo.

4. La jurisprudencia no puede tenérsela como fuente del derecho porque es inestable, cambiante, contradictoria, flexible, dinámica, arbitraria, atentando contra la seguridad jurídica, todo lo cual riñe contra la estabilidad que debe ofrecer el derecho. De esa manera desconoce las garantías y derechos de los ciudadanos, quebrantando de paso la confianza legítima.

5. Claro, un derecho judicial cuando cambia, lo hace en forma definitiva, siendo capaz de desplazar una regla jurídica inesperada y definitivamente, mientras que en el derecho legislado, los cambios son menos traumáticos, pues se someten a los procesos públicos de iniciativa, discusión, aprobación y promulgación.

Son múltiples la tesis de quienes se oponen a la jurisprudencia como fuente normativa, y entre ellos, descuellan, juristas como Bonecasse, cuyo pensamiento ya se expuso, también vale la pena agregar a Barbero, quien expresa:

“(...) [L]a sentencia el juez, como en general toda la actividad jurisprudencial, no es fuente de normas jurídicas, sino que es la aplicación imperativa de las normas al caso. Que esa aplicación valga de hecho como precedente al cual, en la práctica, se pueda atener para otros casos análogos (práctica jurisprudencial, jurisprudencia constante), no quiere decir que la jurisprudencia sea fuente del derecho, ni quiere decir que una serie, por larguísima y constante que sea, de sentencias conformes a un determinado precedente no pueda ser interrumpida por una sentencia que puede marcar un cambio de dirección, sin que ello signifique mutación del derecho. Todo es cuestión del modo como ven el derecho los hombres que tienen el cometido de aplicarlo, pero no es una creación de él, aunque - en la práctica - el tecnicismo que regula el valor y la eficacia de la sentencia judicial pueda a veces surtir el mismo efecto”²⁹⁵.

Sin embargo, ese pensamiento, como se ha venido exponiendo riñe expresamente con las de tesis de Kelsen, y muchos otros teóricos, antes enunciados, pero en general, desconocen la fase histórica que actualmente recorre la humanidad y que impone a los jueces la obligación de encarnar el Estados Constitucional y Social de Derecho, ante la inercia de los legisladores y de los gobiernos para materializar los principios, valores causales y derechos constitucionales.

²⁹⁵ BARBERO, Domenico, *Sistema de Derecho Privado*. Traducción de SENTIS MELENDO, Santiago. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. p. 105-106.

Las tesis de quienes se oponen a la jurisprudencia como fuente del derecho desconocen, entre otros aspectos, los siguientes:

1. Que el derecho y las leyes deben adaptarse a las nuevas realidades sociales y económicas que continuamente están cambiando en todos los ámbitos del conocimiento y en todas las ciencias. La misma naturaleza humana, el cosmos y la tierra, en general, se transforman diariamente. La tecnología, la informática, los sistemas imponen nuevas necesidades y ocasionan problemas diferentes. La mundialización de la economía y de la vida, globalizan todo, incidiendo en el derecho local de cada uno de los países, lo cual compele cambios acelerados. La Ley no tiene la virtualidad para enfrentarlos y acompasarlos, ni ofrecen las respuestas adecuadas pronta e inmediatamente. Únicamente el juez mediante la decisión judicial puede ofrecer a cada instante una respuesta actualizada frente a cada conflicto que resuelve, proyectando un criterio para el futuro.

2. Las tesis de quienes se oponen a la jurisprudencia como fuente creadora de derecho, pasan por alto que el juez del Estado Constitucional, Social y Democrático de derecho, enfrenta nuevos desafíos cada día, ante los vertiginosos cambios sociales, políticos y económicos, que demandan un rol dinámico, que supere las visiones estáticas y mecanicistas, de modo que no es un simple aplicador de la ley, no es ni puede ser un invidente ante los conflictos sociales, sino el guardián de la ley, el defensor de la Constitución y de los derechos fundamentales, creador del derecho para todos los vacíos que deja la injusticia.

3.10 CONCLUSIÓN

Lo expuesto muestra que el Estado Constitucional y Social de Derecho demanda un replanteamiento en la jerarquía y relevancia de las fuentes del derecho, no solo desde una perspectiva nacional sino también internacional, como consecuencia, del giro del Estado de naturaleza eminentemente legislativa donde imperaba la ley como única forma de hacer derecho. En el Estado Constitucional y Social se requiere enfrentar en forma pluralista las fuentes de creación jurídica, pero no con un criterio monista y excluyente.

Esta reconfiguración implica superar las tesis tradicionales en la materia, consistentes en un legiscentrismo de carácter jerárquico fincado en un fetichismo legal. La realidad y el nuevo sistema sociopolítico han compelido por la fuerza de los hechos que el derecho responda a los nuevos problemas. El crecimiento de las multinacionales, la flexibilización de las fronteras, las comunicaciones electrónicas, la implementación a todos los rincones de la *web*, la existencia de compradores o de vendedores en cualquier lugar del mundo, el aumento de la criminalidad transnacional y de grupos, la velocidad de las comunicaciones, la creación de necesidades masivas, los gobiernos en línea, la aparición de nuevos problemas y retos, las organizaciones y servicios sin frontera, etc. concitan que el derecho otorgue una nueva respuesta.

Una de ellas, es la reformulación de las fuentes, dado que mundialmente la ley escrita o la costumbre internacional no pueden ofertar todas las soluciones en el

contexto mundial o desde el ámbito local. Las previstas en la ley, con engorrosos procesos de expedición, no tienen la capacidad ni la rapidez para enfrentar y disipar los problemas nuevos que cotidianamente surgen; por ejemplo, los relativos al medio ambiente o a las migraciones, a los delitos, extradiciones, comercio internacional, negociaciones en la red, derechos fundamentales, etc.

Las respuestas desde la ley, como fuente exclusiva, no son inmediatas ni plenamente eficaces. Por otra parte, todas las soluciones resultan en gran parte meramente locales, sin sumar los graves problemas de corrupción continental o mundial. La globalización y la internacionalización de los problemas, sin desconocer la valía de los asuntos locales, reclama instrumentos dinámicos.

Además, la democracia solamente puede combatir la vulneración de los derechos en forma eficaz por medio de los jueces conscientes de su papel protagónico y de la importancia de las constituciones y de los instrumentos internacionales como herramientas a su alcance. Parte de las soluciones surgen, en un sistema abierto de fuentes.

La justicia y la protección de los derechos solamente puede tener cauce, si el juez se apropia de la Constitución, reinterpreta la Ley y aplica los instrumentos internacionales, esto es, si sopesa y relee las fuentes formales del derecho, superando el ostracismo y la idolatría legal de carácter individualista.

En este contexto, el papel de los jueces nacionales y de la Cortes continentales o de los jueces internacionales, debe convertirse en medio para la realización material de la justicia. De tal forma que la doctrina sobre derechos fundamentales y derecho humanitario y, especialmente, la jurisprudencia se torna protagónica, porque hoy encarna un rol central y demanda una nueva hermenéutica, como medio para la protección de los derechos constitucionales.

La Constitución colombiana en relación con ellas, en el art. 230, dispone:

*“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.
“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.*

Ese precepto, expone, una teoría de la prevalencia en las fuentes normativas, y la sujeción en la función en la producción normativa con respecto a la ley, de alguna manera opuesta a un sistema que da igualdad en las diferentes fuentes. Por supuesto, la Ley aquí entendida en los términos del constituyente de 1991, en un amplio contexto, cobijando tanto la Constitución como la ley, propiamente tal.

Sin embargo, en el derecho nacional, desde la regla 243 de la C. N., no hay duda, el legislador apuesta por un sistema de nivelación jerárquica de las fuentes jurídicas, por cuanto, *“(...) los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo,*

*mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución*²⁹⁶.

Y este criterio se robustece si se mira la premisa 93, también, cuando expresa: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”.

²⁹⁶ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN DE 1991, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. El debate de las fuentes, sus contradicciones, nivelación y vicisitudes, tiene análisis particular, presentando las motivaciones de las sentencias C-83 de 1995, donde fue ponente el exmagistrado Gaviria Díaz y se discutía la constitucionalidad del art. 8 de la Ley 153 de 1887, y en un salvamento de voto en la sentencia C-486 de 1995 donde se estudiaba la costumbre mercantil, en: GAVIRIA DÍAZ, Carlos. «*Las Fuentes del Derecho y la Constitución de 1991*» y «*Las Fuentes del Derecho y la Constitución de 1991. La Costumbre*». Sentencias, *Herejías Constitucionales*. Primera edición. Sección de Obras de Política y Derecho. México D.F.; Fondo de Cultura Económica. 2002.

4. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

4.1 ESTADO, CONSTITUCIÓN, LEY Y SENTENCIA JUDICIAL

El Estado es la institución política y jurídica más importante del mundo contemporáneo y para el ejercicio del poder, de sus cometidos y finalidades supremas y, para la materialización de la democracia, requiere necesariamente de organismos, instancias o ramas del poder público que distributiva y coordinadamente lo ejerzan, de la misma forma que las diferentes funciones asignadas en el programa constitucional.

Desde la aparición del Estado nacional se han desarrollado y especializado las funciones legislativas, la ejecutiva o administrativa y la jurisdiccional. Por regla general, la actividad legisladora se expresa expidiendo leyes y actos legislativos; la ejecutiva o administrativa, actos administrativos; y, la judicial desarrolla su tarea por medio de providencias.

En el Estado contemporáneo, ante el tránsito de una visión eminentemente legislativa a un modelo constitucional, es indiscutible, que existen unos vasos comunicantes directos entre Constitución, ley y sentencia, ante la coherencia que debe revestir un sistema jurídico. Por ello, Couture advierte una estrecha relación entre “(...) *la Constitución, la ley y la sentencia*”²⁹⁷.

La primera como marco principal en el orden nacional que identifica como tal a los Estados Soberanos e independientes, pues corresponde uno de estándares democráticos, es:

“(...) [U]na estructura, un cúmulo de normas habitualmente escritas, que determinan de manera más o menos precisa cómo están organizados los poderes del Estado, cómo actúan éstos en el ejercicio de sus funciones, cuáles son los derechos que quedan específicamente garantizados, cómo se ejercen los derechos políticos, etc. (...) estructura normativa (...) constituye (...) el desarrollo o la expresión normativa de una serie de ideas que los autores de ese texto escrito consignan habitualmente en el ‘preámbulo’ del mismo”²⁹⁸.

La ley halla asiento en la estructura de la Constitución en una serie de disposiciones, que van desde sus principios hasta la forma como debe producirla el legislativo respectivo, de modo que:

“(...) [N]o es necesario repetir aquí por virtud de qué razones la ley no se desenvuelve dentro del ámbito de la Constitución, excede de su contenido normativo y, por inconstitucional, resulta radiada del orden jurídico efectivo. Las palabras de Hamilton para fundar esta tesis han sido superadas en el orden técnico, pero no superadas, todavía en el orden político. Esa eliminación de la ley

²⁹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3ª edición, Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1979, p. 74-75.

²⁹⁸ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3ª edición, Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1979. p. 74-75.

desbordada de los contenidos dogmático de la Constitución (...) ha resultado, a lo largo de la experiencia judicial, una de las instituciones más expresivas del derecho de nuestro tiempo”²⁹⁹.

Si la ley no se ajusta a la Constitución el Juez de la Carta puede expelerla del ordenamiento cuando desborda sus fronteras o infringe los principios, valores y derechos insertos en la Constitución o puede inaplicarla en casos concretos. De tal forma que:

“La sentencia corresponde, formalmente, a una estructura legal. La determinación de esa estructura legal constituye un acto de valoración jurídica. El juez al analizar las circunstancias del caso, llega a configurarlas de tal manera que reducidas a un ‘tipo’ habrán de permitirle, en un acto de valoración jurídica, escoger entre la ley A y la ley B, como aplicables a ese ‘tipo’. Es natural que esa elección se halle siempre iluminada por un propósito de justicia, es decir, constituye un acto de valoración. El juez, aplica la ley aplicable; pero el saber cuál es la ley aplicable configura un acto de selección entre las diversas normas eventualmente aplicables. Además, la apreciación de la prueba es una operación de orden crítico que supone una actitud de valoración jurídica, que también queda librada al magistrado”³⁰⁰.

En esas condiciones la sentencia pasa por la estructura legal, por las disposiciones normativas de la Constitución y por los principios, valores y derechos que en una Carta se hallan depositados desde el preámbulo hasta la última palabra inserta por el constituyente. Por ello, con acierto expresa Couture:

“De este desarrollo resulta que la sentencia, en último término, por virtud de una forma de articulación que es específica del derecho, resulta ser el acto de valoración jurídica de los contenidos dogmáticos constitucionales. El texto dispositivo de la sentencia debe ser fiel al texto dispositivo de la ley y el texto dispositivo de la ley debe ser fiel al texto dispositivo de la Constitución. Pero por dentro de la fidelidad de los textos debe circular una fidelidad a los supuestos dogmáticos de los mismos. La justicia (en sentido valorativo) del juez debe coincidir con la justicia del legislador y la de éste con la del Constituyente.

“De aquí resulta que el fallo viene a ser, en el sistema legal del orden jurídico, la última y final interpretación de las esperanzas contenidas en el Preámbulo de la Constitución: asegurar la justicia, promover el bienestar general, consolidar la seguridad interior, etc.”³⁰¹.

La sentencia entonces reviste una naturaleza eminentemente constitucional como expresión de los derechos de la ciudadanía y de todas las personas para ser juzgadas o sus derechos controvertidos y judicializados, cuando fuere del caso, en un todo con sujeción a la Ley, y por supuesto al orden constitucional, así como al ordenamiento universal o al derecho internacional de los derechos humanos.

²⁹⁹ Ibíd.

³⁰⁰ Ibíd.

³⁰¹ Ibíd.

4.2 LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES, Y LA MOTIVACIÓN, COMO NÚCLEO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Entre las providencias judiciales, la prevalente es la sentencia, entendida como el acto jurídico procesal que dicta un juez, pero que, en el Estado contemporáneo, reivindica su trascendencia para la construcción de Estado Constitucional y Social de Derecho, y como manifestación de voluntad de carácter jurisdiccional, reviste pluralidad de características. Es un acto humano, lógico, epistemológico, ontológico, político por medio del cual se define un conflicto para que tenga efectos de cosa juzgada, zanjando en forma definitiva una controversia. Pero también es un acto de producción de derecho, de allí que Kelsen sostenga, que “(...) *la sentencia judicial es una norma jurídica individual, la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, la continuación del proceso de producción jurídica desde lo general a lo individual*”³⁰².

Como acto jurídico procesal que define relaciones de esta especie planteadas ante la rama judicial, “[l]a *sentencia, en general, es la resolución del juez que, acogiendo o rechazando la demanda del actor, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de ley que le garantiza un bien, o lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad de ley que le garantiza un bien al demandado*”³⁰³.

Como acto político y manifestación por excelencia del Estado por medio de la rama judicial que adjudica derechos en los casos concretos y adecúa normas en las realidades concretas, la sentencia es “*el acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (Juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el Derecho concede a un determinado interés*”³⁰⁴, de lo cual se desprende el principio de “*atendibilidad*”, que “(...) *se funda en la obligación estatal de administrar justicia, la cual constituye el fundamento público del proceso (...)*”³⁰⁵.

Esas providencias acumulativamente van formando la jurisprudencia y, en su interior, algunas de ellas se tornan vinculantes o persuasivas para la solución de casos, transformando sus *ratios decidendis*, en precedentes para el desenlace de casos ulteriores como medio para dar seguridad jurídica y confianza legítima a los nacionales y habitantes del respectivo territorio.

La estructura genérica de las providencias interlocutorias abarca, por regla general en su forma interna: los antecedentes, la motivación y la parte resolutive, de no ser así, el Estado aparecería como un leviatán arbitrario y omnímodo, cuando de aplicar

³⁰² KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. Trad. Legaz y Lecambra. México: Ed. Nacional, 1979. p.114,115 y 145.

³⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Madrid: ed. Revista de Derecho Privado, 1954. p. 184.

³⁰⁴ ROCCO, Hugo. *Sentencias Congruentes*. Citado por ARAGONES, Alonso Pedro. Madrid: Aguilar, 1957. p. 197.

³⁰⁵ GOLDSCHMIDT. *Sentencias Congruentes*. Citado por ARAGONES, Alonso Pedro. Madrid: Aguilar, 1957. p.198.

justicia se trata. Por ello, no se trata de un acto abstracto y autoritario, sino de una estructura racional.

La motivación es el núcleo de la sentencia, si éste es el nervio, impone entender qué es motivar: Es "(...) *Dar causa o motivo para algo (...). Dar o explicar la razón o motivo para hacer algo (...). Disponer el ánimo de alguien para que proceda de un determinado modo (...)*"³⁰⁶; en consecuencia, significa en lo tocante con la sentencia, exponer las razones jurídicas, fácticas y valorativas que explican el motivo o causa de una decisión judicial que resuelve unas pretensiones, una acusación o una controversia planteada a los jueces o árbitros del Estado.

En el Estado democrático, la sentencia judicial como elemento esencial y expresión del mismo, ha de contener la motivación, de modo que la decisión judicial, sin la exposición argumentada y razonada de la justificación de la decisión, es burla para los justiciables y de la democracia a los derechos subjetivos de las personas. La exigencia de la motivación es la expresión de garantismo y de imparcialidad; y como consecuencia, es un requerimiento jurídico - político de la decisión judicial y un bastión democrático forjado con ardor en el Estado contemporáneo, porque la fundamentación de las providencias judiciales no ha sido siempre exigencia suya.

En efecto, si hay silencio en las causas de la decisión no habrá motivos para impugnar ni para legitimar el Estado, pero si el juez expone la *ratio decidendi* o las *causae*, podrán ser controvertidas las bases de la decisión porque siempre subsistirá la posibilidad de la equivocación y de la arbitrariedad. En una sociedad, cuando el juez explicita las razones de condena o de absolución rondará la posibilidad de que la sentencia sea errónea o falsa, y como remedio revulsivo, si se conocen las razones que fincan la decisión, el reproche por vía de los recursos, es la respuesta adecuada del principio democrático. Por tanto, la sentencia "(...) *debe contener la justificación específica de todas las cuestiones de hecho y de derecho que constituyen el objeto de la controversia, dado que sólo bajo esta condición se puede decir que la motivación es idónea para hacer posible el control sobre las razones que sustentan la validez y aceptabilidad racional de la decisión*"³⁰⁷.

La premisa es clara, si un sistema jurídico y político no permite justificar racionalmente ni fundamentar la decisión judicial; si ésta es inmotivada, el autoritarismo se impone, se abre paso a la incertidumbre y a la arbitrariedad, y como tal, la soberanía del Estado desaparece. La autoridad del Estado, y por tanto, la autoridad de la cosa juzgada no se deriva de la inmotivación, ni de la justicia arcana, tampoco de razones metafísicas o misteriosas sino de la coherencia de la decisión; lo contrario genera la pérdida de soberanía de la sentencia y de la legitimación del Estado. Cuando no se motiva, como dice Van Tulden, se desconoce que la autoridad, tanto del juez, como de la sentencia deviene de la exposición racional de las reglas de derecho y del análisis de las pruebas que utiliza el juez³⁰⁸.

³⁰⁶ RAE. *Diccionario esencial de la lengua española*. 22 ed. Madrid: Espasa Calpe, 2006. p. 1002.

³⁰⁷ TARUFFO, Michelle. Páginas sobre Justicia Civil: *La motivación de la Sentencia*. Madrid, Barcelona: Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009, p. 522.

³⁰⁸ VAN TULDEN. Tuldenus, *De causis corruptorum judiciorum et remediis* libri IV, Lovanii, 1702, cap. XXI, p. 158-160. Expone los problemas del fundamento de la autoridad del juez y de la validez

No fundamentar una sentencia es dejar de lado, la obligación que tiene el Estado, y por tanto, el propio juez, de dar cuenta ante las partes, ante la comunidad jurídica y usuarios de los sistemas judiciales, ante la opinión pública, ante el presente y la posteridad del saber o de los razonamientos como una decisión judicial se fundamenta.

Es reflejo de una técnica decisoria especial, de una concepción jurídica dominante y, por supuesto, del concepto de autoridad del juez, y “(...) *las circunstancias concretas en que en cada Estado se desarrollaron las políticas de centralización del derecho y la judicatura, y a la valoración o no del precedente judicial como criterio de certeza jurídica*”³⁰⁹.

La sentencia no se puede concebir como una “(...) *decisión desnuda de motivos, que se limitara sólo a afirmar o negar nuestro derecho o nuestra culpabilidad sin dar cuenta de las razones que la sostienen, sin justificar públicamente su preferencia por las pruebas y argumentos de una u otra parte*”³¹⁰.

4.3 LA FUNCIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN CON RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA

El punto axial de la sentencia es la motivación, de modo que se impone establecer, cuál es su incidencia con relación a la jurisprudencia como fuente formal del derecho. Es decir, ¿cuál función cumple la justificación o la motivación que contiene una sentencia con respecto a la jurisprudencia?

Sin duda, la motivación cumple un papel central y tiene relación directa, porque legítima la construcción jurídica que hace el juez en el Estado democrático, permitiéndole explicitar las razones por las cuales falla una determinada controversia en un sentido u otro; y que por contera, edifica el pensamiento judicial conocido como jurisprudencia, porque las ideas allí debatidas, frente a las premisas fácticas permiten formular enunciados de diferente naturaleza, los cuales se constituyen en fuente de derecho. En consecuencia, la motivación no son los antecedentes, ni la parte resolutive propiamente del caso, sino la argumentación, estadio en el cual se exponen las causas, las razones, los componentes conceptuales y sus fundamentos, es decir, la doctrina jurisprudencial que nutre una u otra decisión.

Desde el nacimiento del Estado contemporáneo, el artículo 4 del C.C. Francés ha sido la expresión máxima de esa garantía, porque obliga al juez a fallar la

de la sentencia, y en forma preclara sostiene que la motivación de la sentencia no disminuye la autoridad de ella, porque tanto su autoridad como la del juez deriva del derecho, señalando: “¿qué puede haber más absurdo que una sentencia de la que no aparezca el ‘ius’ aplicado, cuando el juez es por definición aquel que *‘iusdicit’*?”.

³⁰⁹ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?. En: *Valdivia Revista de Derecho*. Valdivia: diciembre 2003, vol. XV, no 2. p. 10. ISSN 0718-0950.

³¹⁰ *Ibid.*

controversia, bajo apremio legal: *“le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”*³¹¹. El codificador francés impone la necesidad de buscar solución, y para lo pertinente, el juez debe interpretar y aplicar la *“ratio judicial”*, revelando y razonando porque decidirá de este u otro sentido. Allí se abre paso la labor de motivación como conquista del Estado moderno.

En el derecho español, el C. C. Real Decreto de 1889, aún vigente en su artículo primero, ordinal quinto, luego de enumerar las fuentes de derecho, dispone:

“(…).

“6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

*“7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”*³¹².

El hecho de que el art. 5 del C.C. francés, señale: *“Queda prohibido a los jueces pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se les sometieran”*³¹³, precepto concordante con el art. 17 del C. C. colombiano, no está significando que el director del juicio por excelencia, no pueda interpretar o analizar, para cada caso concreto el sentido o el espíritu de la Ley, porque cuanto se prohíbe tajantemente es la decisión con carácter *“erga omnes”*.

En el derecho colombiano, el trasunto fiel del art. 4 francés es el art. 48 de la Ley 153 de 1887 que señala: *“Los jueces ó magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”*³¹⁴.

Son las mismas disposiciones en cada uno de los ordenamientos las que autorizan e imponen la obligación de motivar la sentencia para consecuentemente obligar a fallar de fondo el asunto. De no existir motivación en una decisión no podría hablarse de jurisprudencia en el derecho moderno, ni menos de Estado de Derecho. El Estado, halla su razón de ser en la racionalidad y respeto de los derechos fundamentales, de tal forma que si una persona es investigada y condenada sin fórmula de juicio y sin conocer las razones o los motivos por los cuales el Estado condena o absuelve por medio de sus jueces, se tratará de un Estado arbitrario, despótico y autoritario.

³¹¹ FRANCIA. CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. Artículo 4 [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2019] Disponible en: https://www.academia.edu/35741110/C%C3%B3digo_civil_franc%C3%A9s._Edici%C3%B3n_biling%C3%BCe?auto=download

³¹² ESPAÑA. MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA «BOE». Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. núm. 206, de 25 de julio de 1889 Referencia: BOE-A-1889-4763,12.

³¹³ Op. cit., art. 5.

³¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153 (28, agosto, 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1887. nos. 7.151 y 7.152.

De tal modo que, hay una relación interna esencial entre jurisprudencia y motivación porque es justamente a partir de las consideraciones de las providencias como se construye la jurisprudencia. Por ello con maestría Díaz, apunta: “*La motivación forma parte no sólo de la formalidad de la sentencia en cuanto parte del proceso, sino también del fondo de la misma como catalizador en la creación de jurisprudencia en determinados momentos de la historia*”³¹⁵.

4.4 LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS: UNA INSTITUCIÓN MODERNA

No se trata de hacer una historiografía de la motivación, sin embargo, se recuerda que el derecho romano tardío vio necesario y procuró motivar las resoluciones que resolvían una controversia, como expresión del *officium iudicis*, al decidir el litigio, por regla general siguiendo el sistema formulario.

La escena medieval que se extiende desde el siglo XII a los XIII y XIV, presenta al juez quien actúa como un testigo, utilizando los mecanismos probatorios altomedievales de los duelos, los juramentos y las ordalías, para obtener la verdad³¹⁶; empero estos instrumentos fueron sustituidos progresivamente por un sistema de pruebas que procuraba la reconstrucción verosímil de los hechos en el proceso.

En el contexto de la técnica decisoria propia de los ritos judiciales altomedievales, la fundamentación de la decisión era inconcebible: en esos procedimientos, modelados bajo la influencia de las tradiciones germánicas y centrados en la práctica de un experimento probatorio –duelo, juramento u ordalía– que designaba al vencedor del litigio a través de la revelación de un signo incontrovertible de culpabilidad o inocencia, en el cual prevalecía la voluntad eminentemente subjetiva del juez, o la autoritaria del señor feudal o del monarca como formas autocráticas del poder.

Cuando la decisión no es analizada o deliberada, queda sujeta a un teatro aleatorio forjado por una verdad divina o revelada, a un misterio o a un escenario indescifrable que hará inocuo el ejercicio de los recursos, porque no se hallaran motivos ni razones para comprender las causas o los motivos de la decisión. La providencia deliberada y explicada demanda el redescubrimiento de un sistema de pruebas racionales, como conocimiento, empíricamente fundado en los hechos demostrados por los medios de convicción, modernizando la justicia.

Esa gestación de una nueva concepción de la sentencia anclada en la ley, en la razón y en la prueba se vio potenciada por la reivindicación por el poder político de la función juzgadora con el propósito de hacer una organización centralizada; por el florecimiento de la ciencia jurídica en las universidades y de la doctrina del proceso

³¹⁵ DIAZ SAMPEDRO, Braulio. La motivación de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica. En: *Nueva época*. Foro. Madrid: Universidad Complutense, núm. 5/2007. p. 59-85.

³¹⁶ César Beccaría es descriptivo de los diferentes sistemas y formas utilizados en el juzgamiento cuando los describe su famosa obra *Tratado de los delitos y de las penas*.

(el romano-canónico), y por la necesidad de especializar la tarea de quienes deben resolver los juicios.

La motivación de la sentencia, realmente, surge como problema jurídico, en el siglo XII por diversas *decretales papales* y sus estudiosos al insistir en la necesidad de expresar la *causae* de la decisión en las sentencias judiciales. Se trata de un proceso y de la apuesta para que en la sentencia haya un discurso reflexivo y explicativo de la controversia, y de lo vertido en el juicio, el cual debe concluir con una sentencia, como decisión construida explicativamente por el juez acerca del fundamento de la pretensión del actor.

En esta etapa, la motivación de la sentencia como requisito *sui géneris*, tendencia atizada por el pensamiento de los canonistas frente a los decretos del procedimiento romano-canónico, expuestos por el papado (Gregorio IX bajo la *Desententia et re iudicata*, la *communis opinio*; e Inocencio III), surgen posturas contradictorias, por el riesgo que supone la expresión de las *causae* de la decisión para la autoridad de la sentencia, pero más allá de ello, para los sistemas políticos imperantes con carácter absolutista.

Por tal razón, el cambio hacia la decisión fundamentada se restringió por la disciplina del proceso y de la prueba y por la “(...) *la communis opinio de los juristas que negaron que la enunciación de las razones de la decisión constituyera una exigencia jurídica*”³¹⁷.

El sistema legal de la prueba con carácter tarifado y cuantificado sustituyó la libre apreciación de la prueba, como estrategia en procura de limitar el poder arbitrario del juez y retornó a la tortura para llegar a la confesión del reo cerrando y eliminando la deliberación del juez en la apreciación de la prueba, “(...) *volviendo a situarlo en una posición cercana al rol de simple testigo que tenía en la constatación del resultado de los juicios de Dios, aunque ahora ya no se trataba de comprobar el resultado de un experimento, sino de sumar y restar valores probatorios predeterminados*”³¹⁸, de modo que el cálculo amilanó la motivación del juicio fáctico.

La motivación de las sentencias no siempre se realizó. Por ejemplo, En el siglo XIII, en Europa era poco frecuente. Pero en el derecho español, en el Fuero Real, de Alfonso X, se exigió al juez expresar los fundamentos de la sentencia; por ejemplo, “(...) *las sentencias dictadas en primera instancia debían ser razonadas a fin de que el juez de apelación tuviera un fundamento para ratificarlas o bien modificarlas si procedía*”³¹⁹.

³¹⁷ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. *La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?* En: Valdivia Revista de Derecho. Valdivia. diciembre 2003, vol. XV, no 2. p. 15. ISSN 0718-0950.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 16.

³¹⁹ MENÉNDEZ PIDAL.J. y MONTES, J. “*Sobre la motivación de las resoluciones judiciales*”. En: *Revista de Derecho Procesal*. 1953. p. 12. En idéntico sentido, COLOMER HERNÁNDEZ.I., *La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia: 2003, p. 62; LALINDE.J., *Iniciación histórica al derecho español 2*, Barcelona: 1978. p. 921.

El antiguo régimen o de la *arcana iustitiae*, es una fase, donde el imperio de la sentencia se fundó en la *auctoritas*, en la majestad, en el poder supremo, en la soberanía proveniente del monarca, mediadas por cierto halo sacral³²⁰, que como tal se transmitía a los jueces reales, tornando autocrática la decisión judicial y, por tanto, excluyendo la necesidad de fundamentar las sentencias³²¹ públicamente. Hacer lo contrario, significaría sostener la tesis de que el monarca no sería el titular de la soberanía.

Del mismo modo, la decisión debía ser unánime y la deliberación secreta, no pudiendo los integrantes del tribunal revelar el sentido de su voto, y una vez redactada, debía ser firmada por todos, incluyendo a los disidentes. Garriga, C. y Lorente, grafican que, por una ordenanza de la Real Chancillería de Toledo de 1525, los votos debían pronunciarse “*sin decir palabras, ni mostrar voluntad de persuadir a otros*”³²² reflejando unidad indivisible e infalibilidad; pero, además, queriendo revelar rectitud, severidad, probidad e imparcialidad.

Este modelo, “(...) en lugar de vincular la confianza en la justicia de las decisiones judiciales a la expresión de sus fundamentos (...)”³²³, supeditó la decisión judicial con el mundo oculto, aparentemente probo, y a la unanimidad de la decisión, imponiendo y resguardando el secreto de los *arcana iustitiae*, paradigma que dominó, hasta cuando en el siglo XIX, se introdujo finalmente la exigencia de motivación.

Empero, del siglo XVI en adelante, algunos Estados impusieron en forma excepcional la obligación de motivar las decisiones. En Italia: Florencia, Siena, Perugia, Bolonia, Génova y Lucca; en la península ibérica: Aragón, Cataluña, Valencia, Mallorca y Portugal, por virtud de sus cambios políticos (principado y contractualismo). Más tarde, en el siglo XVIII, los Estados en el marco de las políticas del absolutismo ilustrado como Prusia, Austria, Baviera, Nápoles, Trento y Módena, reivindicaron por ley, la obligación de exponer los motivos en las decisiones judiciales; claro, no con carácter general, sino en algunas clases de decisiones; sin embargo, esta tendencia tenía finalidades instrumentales de conservación, concentración y centralización del poder estatal, como expresión de una razón de Estado; con el designio de dar confianza a la justicia y de

³²⁰ Ernst Kantorowicz en su trabajo, *Los dos cuerpos del rey*, analiza la forma como los teólogos logran dar cariz divino al poder soberano, de modo que el rey es visto como inspirado por la divinidad, rey oferente, el rey sacerdote, rey juez.

³²¹ Godding, P., “*Jurisprudence et motivation des sentences, du moyenâge à la fin du 18e siècle*”, en Ch. Perelman y P. Foiriers eds., *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, 1978. p. 20. La profesora ACCATINO SCAGLIOTTI, siguiendo a Godding, plantea: “Es la tesis que sostiene también Paul Godding, cuando afirma que “la majestad de la función judicial excluye toda idea de justificación de la sentencia. En: ACCATINO SCAGLIOTTI Daniela. La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?. p. 16.

³²² GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta. “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 – España, 1855)”. En: *Anuario Facultad de Derecho U. Autónoma de Madrid*. No 1, 1997, p. 108.

³²³ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna? En: *Valdivia Revista de Derecho*. Valdivia: diciembre 2003, vol. XV, no 2. p. 20. ISSN 0718-0950.

descontaminarla de sospechas de parcialidad en momentos de crisis políticas del régimen imperante.

Así por ejemplo, en Florencia, para los Medici, instaurado el principado, según, Ascheri³²⁴, citado por, Accatino Scagliotti, "(...) *la obligación de motivar constituía en definitiva una concesión (entre otras) favorable a los estamentos poderosos –las oligarquías terratenientes y mercantiles que en el pasado habían tenido también el poder político, que eran los únicos interesados en las causas civiles de mayor valor*"³²⁵, pero como medio para consolidar la imagen del príncipe, frente a tales esferas potencialmente peligrosas y enemigas, y como garantía de sus posiciones privilegiadas.

Entre otras razones, la implementación de la motivación se justificaba para ejercer una política de control estatal de la organización jerárquica de la judicatura por vía del recurso de apelación y para controlar lo resuelto, así como las fuentes de los litigios; pero también, con el fin de obtener la centralización de las formas de producción y aplicación del derecho, a fin de tener asimismo, el predominio de la aplicación de leyes centrales como expresión del absolutismo.

Pero, del mismo modo, en algunos eventos se prohibió la motivación para evitar la formación de un derecho judicial contrapuesto a la legislación central.

Esta relación entre absolutismo, motivación de la sentencia y desarrollo del derecho judicial fue determinante en el arraigo de la práctica de fundamentación de las *opinions* de los jueces ingleses, al interior de la formación jurídica del *common law* para la consolidación de la doctrina del *stare decisis*, el cual en "(...) *la aplicación práctica de un sistema de precedente vinculante resulta extremadamente difícil sin la existencia de una fundamentación razonada que permita identificar la ratio decidendi de cada fallo y que indique al público las razones generales con que el juez se compromete a futuro*"³²⁶.

Ahora, en el derecho continental, no se estimuló el derecho de precedentes, pero, las decisiones judiciales de los grandes tribunales gozaron de aprecio como criterio de orientación en la nebulosa del derecho común, en los siglos XVI y XVII porque se estimó que la fundamentación es el alma del juicio; al paso que se procuró apoyar la publicación de los fallos.

La exigencia de la motivación de la sentencia ya era un hecho en Europa, sin embargo, la contribución de la modernidad política y jurídica del Estado liberal estriba en la generalización del logro, y ante todo, en el significado político, el cual, con antelación al modelo liberal, obedecía a los intereses del príncipe, del monarca,

³²⁴ Ascheri, M., *Firenze dalla repubblica al principato: la motivazione della sentenza ed'edizione delle pandette*, en Id., *Tribunali, giuristi e istituzioni*. Dal medioevo alletà moderna, IIMulino, Bologna, 1995.

³²⁵ *Ibidem*, p. 22.

³²⁶ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. *La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?* En: *Valdivia Revista de Derecho*. Valdivia: diciembre 2003, vol. XV, no 2. p. 25. ISSN 0718-0950.

de la majestad o de la potestad divina. Con este nuevo esquema, adopta una postura *ex parte populi*, de modo que el poder judicial se acerca al ciudadano; de la autoridad del príncipe se dirige a la soberanía del pueblo, criterio proveniente del contractualismo y de la filosofía de la ilustración, atizados por las Revoluciones francesa y la norteamericana, movimientos promotores del gobierno representativo y del constitucionalismo de los derechos individuales.

En efecto, en contra del absolutismo monárquico y de la majestad divina, ante el advenimiento de la República Liberal, como tránsito del enfoque *Rex fons regem* al paradigma *Lex fons regem*; por virtud del pacto (Hobbes) y de la delegación del pueblo (Rousseau) o de la Nación (Sieyès), el juez debe ahora motivar su sentencia en la ley, como garantía de libertad. Ello, compelía estructurar el juicio con fundamento en la razón y no en la autoridad del príncipe o del monarca. De igual forma, se hacía necesaria la publicidad del proceso, porque el juicio y la sentencia no podían ser secretos.

La voluntad popular con fundamento en el pacto sustituye la majestad divina, la razón reemplaza la arbitrariedad del príncipe o del monarca, la publicidad de la sentencia al carácter secreto de la motivación, la ley como expresión de la voluntad popular (hipotéticamente creada por el pueblo) a los ordenamientos verticalistas, unilaterales y particulares del soberano; el ciudadano que participa en la creación de la ley, legitimado para impugnar las razones explícitas del fallo sustituye al súbdito o al vasallo subyugado y sin recursos judiciales. El juez sometido al imperio de la ley y al control popular, se impone sobre el juez del Estado absolutista que aplica la voluntad del príncipe o del monarca. La decisión autoritaria carente de razones fundamentada racionalmente, se transita de la decisión inmotivada que no explicita las razones a la sentencia que justifica el porqué de su *decisum*; de manera que de la función judicial autocrática y potestativa en nombre del Estado absolutista o del príncipe se pasa a la función judicial racional, fundada en la ley y en la razón, que como nervio y esencia de la sentencia judicial apalancan el principio democrático.

El pensamiento francés exteriorizado en la gran revolución francesa contribuyó a socavar los sistemas judiciales del viejo régimen (*ancien régime*) en procura de modernizar el juicio, democratizándolo, como, por ejemplo, abogando por la motivación, como elemento necesario de carácter racional, que contenga las “razones” de la *decisum*. Tal cual lo afirma, el profesor Taruffo:

“(…) [L]a motivación de la sentencia se convierte en objeto de una obligación impuesta al juez por reglas generales a partir de 1790, es decir, a partir del momento en el que la legislación revolucionaria en Francia pone fin a los sistemas judiciales del *ancien régime* y pone las bases para la concepción moderna del proceso judicial y de la función del juez. (...) En los códigos decimonónicos, y en consecuencia también en los del siglo XX, la obligación de motivación se convirtió así en una constante, configurándose la motivación como un requisito necesario de forma y contenido del pronunciamiento jurisdiccional”³²⁷.

³²⁷ TARUFFO, Michelle. Páginas sobre Justicia Civil: *La motivación de la Sentencia*. Madrid, Barcelona: Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009. p. 515.

No se trata, por tanto, de una simple regla técnica como la caracterizan algunos procesalistas, sino de una garantía fundamental, ligada con el Estado Constitucional y Social de Derecho que se torna en garantía y derecho de todos los justiciables.

Ahora bien, en la historia de los sistemas jurídicos continentales, los revolucionarios franceses establecieron el deber de motivación de la sentencia, mediante la ley del 16 y 24 de agosto de 1790, en el artículo 15, cuyo texto promulgaba lo siguiente: *“La procédure par jurés aura lieu en matière criminelle ; l’instruction sera faite publiquement, et aura la publicité qui sera déterminée”*³²⁸ traducido como *“[l]os juicios deben bajo pena de nulidad ser motivados”*³²⁹, de este modo, la obligación era acorde a los intereses políticos de la época, cuya desconfianza al juez estaba fundada porque representaba el *ancien régime*, e igualmente, justificada en la racionalidad expuesta por la modernidad como principio filosófico imperante, en todas las decisiones de los seres humanos.

Asimismo, posteriormente la Constitución francesa de 1795 en el artículo 208, también consagraba *“Las sesiones del tribunal son públicas; los jueces deliberan en secreto; los juicios se pronuncian en voz alta; son motivados y en ellos se enuncian los términos de la ley aplicada”*³³⁰.

En efecto, luego de los acontecimientos de la postguerra, al surgir el Estado Constitucional y social de derecho, definitivamente queda empoderada como esencia de la sentencia, convirtiéndose en una auténtica obligación exigible en los ordenamientos nacionales y supranacionales para la cabal observancia del debido proceso y del derecho de defensa. Por esto, el Tribunal Constitucional colombiano, afirma: *“(…) la falta de justificación de las premisas causa una violación de los derechos fundamentales. En efecto, la falta de motivación de las providencias judiciales interfiere en el carácter de función pública que la Constitución le asigna (Art. 228 C.P.) y, al mismo tiempo, afecta el derecho de toda persona al debido proceso”*³³¹. Y ello, porque la *“(…) característica esencial de la función jurisdiccional se encuentra en el imprescindible sometimiento de la actividad jurisdiccional a los dictados de la ley, de modo que la motivación es el principal instrumento para verificar que las decisiones judiciales se dictan con sometimiento a la ley y al ordenamiento jurídico”*³³².

³²⁸ FRANCIA. Leyes del 16 y 24 de agosto de 1790. Sobre la organización judicial. Disponible en: <http://mafr.fr/fr/article/lois-des-16-et-24-aout-1790-sur-lorganisation-judi/>

³²⁹ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS GENEALOGÍA Y TEORÍA. [en línea]. Tesis de doctorado. Granada: Universidad de Granada. Departamento de Filosofía del Derecho, 2005. p. 81 [Consultado: 15 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://hera.ugr.es/tesisugr/15837889.pdf>

³³⁰ Ibíd.

³³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-589. Expediente T-2589622. (26, julio, 2010). M.P. María Victoria Calle Correa [en línea]. Bogotá, D.C.: 2010 [consultado 1 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-589-10.htm>

³³² LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Madrid: Ariel, 1994. p. 226.

Para Accatino Scagliotti, siguiendo la tesis de Michael Taruffo, la motivación de la sentencia como exigencia, fue marginal porque ante la rigurosa subordinación del juez a la ley como medio de proscripción del arbitrio judicial, si el juez es la *bouche de la loi*, surge una concepción mecanicista en la aplicación de la ley con el empuje del movimiento codificador, dando lugar a una supuesta simplicidad y automaticidad del juicio, que hace incompatible el arbitrio subjetivo del juzgador, ante la pretensión de garantizar justicia objetiva en la decisión, tornando innecesaria la exigencia de motivación de las decisiones judiciales, porque la rigurosa observancia y la primacía de la ley, permite a cualquier persona captar la aplicación diáfana a un caso concreto de una regla jurídica general.

En este punto debo disentir el pensamiento de los dos autores, Scagliotti y Taruffo, tal cual lo expongo en el capítulo relativo a la jurisprudencia como fuente formal del derecho, por cuanto, el mismo codificador francés impuso al juez en el artículo 4 del C. C. *ut supra* aludido, fallar el fondo de las causas, así existiera oscuridad en el texto la ley, de tal modo que no se puede ver como un simple operador que adjudica mecánicamente normas a los casos concretos; por cuanto motivar significa justificar y explicar las razones del fallo.

4.5 LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA PERMITE UN CONTROL ENDOPROCESAL O INTERNO Y EXTRAPROCESAL O PÚBLICO DE LA DECISIÓN JUDICIAL

En la revolución francesa, se reitera, y el movimiento codificador, plasmaron claros preceptos que imponían fallar el caso, *so pena* de denegación de justicia, pero al mismo tiempo, con la implementación de los juicios públicos, impusieron la obligación de motivarla. Esta tendencia se vio reforzada por los movimientos contemporáneos y por el neoconstitucionalismo.

La decisión entonces, cuando se motiva puede generar en el Estado Constitucional un control endoprocésal o interno, relacionado con el ejercicio del derecho de defensa de los intervinientes en el juicio, partiendo del juicio público, que asegura las garantías jurídicas, que forma parte del debido proceso como derecho fundamental, cimiento de la democracia y de cualquier Estado de derecho, cuyo enfoque fundamentalmente es procesal o jurídico. Pero a la par, genera un control extraprocésal, externo o público, concerniente con lo institucional y político, ligado con el derecho a la libertad de información por parte de la opinión pública o de la ciudadanía, sobre el sistema de administración de justicia y el derecho a la información, pronta, suficiente, sin restricciones como necesidad de las democracias constitucionales.

El primero, ha de entenderse como la posibilidad de enfrentar la sentencia desde la perspectiva del juez como funcionario público que resuelve un caso concreto, y su decisión es parte de la estructura procesal, que ha superado las fases de proposición de la causa o demanda, la notificación y formación de la relación jurídico procesal, contestación, decreto de pruebas y evacuación de las mismas, alegatos y sentencias. Es ver la decisión como conclusión de una instancia sometida a los recursos, como medios de control lógico, epistemológico, jurídico, técnico y

burocrático, fruto de la actividad jurisdiccional plasmada en la sentencia. Se trata de la posibilidad de ejercer los derechos por todos los sujetos procesales y por los terceros que con interés para obrar y legitimación en la causa han intervenido en el proceso, para denunciar los errores jurisdiccionales y buscar su enmienda o corrección por otro juez de igual o superior categoría.

El segundo, hace referencia al carácter público y político, de los derechos de la ciudadanía y de la sociedad civil, frente a las decisiones judiciales, incluidos los medios de comunicación, ligado entonces, con la publicidad para que la actividad jurisdiccional sea objeto de control público porque la justicia no puede ser secreta. Es un control difuso, democrático y público que atañe a la ciudadanía, a la sociedad y a la opinión pública.

La publicidad del juicio no atiende, únicamente, a la defensa del acusado, sino también al ejercicio de un control público sobre la actuación del juez, y junto con la motivación adquiere el carácter de principio general consagrado en la ley y en la Constitución.

La motivación de la sentencia, instaurada como exigencia explícita y agresiva de la decisión judicial, halla explicación en el Estado liberal con la instauración del principio de legalidad, y como consecuencia, facilita *in toto* el control de la decisión a través de los recursos, especialmente con fundamento en el de casación, “(...) como herramienta en la configuración de un sistema de control endoprocésal y jerarquizado de la legalidad de la decisión judicial, encabezado por la nueva Corte de Casación”³³³. Por supuesto, dentro de la inspiración democrática, siguiendo el modelo roussoniano de la ley como expresión de la voluntad general, teniendo de por medio la presencia de la ciudadanía. Esa forma de control, por vía de los recursos y singularmente por la casación es una modalidad de vigilancia interna; al paso que la publicidad tenderá a ser una forma de control de linaje especialmente externo.

El hecho de que el ordenamiento reclame del Juez la explicación del porqué de la decisión, esencia de la motivación del fallo, no obedece a un requisito puramente formalista del legislador, sino que corresponde a uno de los nuevos estándares de la democracia constitucional: el principio de publicidad y de transparencia para todas los funcionarios y autoridades de un Estado de Derecho. Propende porque el proceso, el juez, la prueba, su responsabilidad para fallar sean conocidas, sin excepción, por todos los interesados y por la ciudadanía. Que estas sean difundidas no solamente para quienes tengan interés directo en esas resultados por virtud de su legitimación en la causa y de la legitimación procesal, sino de toda la sociedad en general para juzgar el compromiso y responsabilidad de sus jueces y la forma como resuelven las controversias, se investigan y resuelven los conflictos. Se trata de evitar juzgamientos secretos, injustos, ocultos, furtivos, escondidos y encubiertos. De modo que motivación y publicidad se unen en forma esencial para que la

³³³ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. *La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?* En: *Valdivia Revista de Derecho*. Valdivia. diciembre 2003, vol. XV, no 2. p. 25. ISSN 0718-0950.

ciudadanía, la sociedad civil, el periodismo investigativo y los medios tengan acceso respetuoso, pero crítico, frente a la actividad judicial, superando las prácticas de tribunales de inquisición y sistemas judiciales de regímenes despóticos.

Al imponer entonces al juez, el deber de motivar toda sentencia, el legislador reclama, como presupuesto *sine qua non*, que la jurisdicción haga públicas las razones que tuvo en cuenta para adoptar la respectiva decisión, de tal manera que tras conocerlas se sepa, sin ningún asomo de duda, que la adoptada no es una decisión arbitraria, caprichosa, antojadiza, sino producto del análisis objetivo y reflexivo de los diferentes elementos de juicio incorporados a la actuación y dentro del marco trazado por el objeto y la causa del proceso.

La publicidad de la decisión significa en primer lugar el acceso de las partes y a los terceros intervinientes al contenido de las razones o justificaciones de la decisión, bajo el sometimiento de la decisión a la autoridad y contenido de la ley. Pero del mismo modo, significa ponerla en conocimiento y bajo control de la opinión pública, hoy en el Estado Constitucional y Social de Derecho ante la presencia de la ciudadanía como nueva institución del Estado liberal, que supone afirmar que ésta tiene la necesidad y, por tanto, el derecho a conocer y controlar la aplicación que de la ley hace el juez. Y éste último aspecto porque los ciudadanos deben saber en qué consiste la justicia, cómo se administra, cómo los jueces cumplen sus deberes, cómo garantizan la protección de los derechos, cómo están comprometidos con la transparencia, cuál es su responsabilidad, cuál es su rendimiento, cómo aplican la ley, cómo responden a los retos y problemas actuales.

La motivación es garantía, es exponer fundadamente que la situación jurídica, el conflicto y la prueba llevada al proceso ha sido evaluada bajo las directrices de imparcialidad, de racionalidad y de probidad.

El control público o externo de la decisión judicial no está marginado del control endoprosesal ni mucho menos de la motivación. La justificación de la decisión es el espacio de la debilidad o de la fortaleza racional, tanto lógica, epistemológica y política que contiene la sentencia, por consiguiente: “(...) [L]a *motivación del juicio de hecho y de derecho requiere exigencias especiales que permitan el control externo difuso por parte de la opinión pública. Así, la dimensión constitucional de la obligación de motivación se traduce respecto al juicio de hecho en el deber del juzgador de indicar las opciones valorativas subyacentes sobre las cuales haya fundado la reconstrucción del hecho jurídicamente relevante (...)*”³³⁴.

En ese sentido, para Colomer debe existir una coherencia en la justificación de la sentencia del juez y los valores de mayor importancia de la sociedad de la que emana, de manera que:

“(...) El discurso justificativo en relación con el *thema decidendi* debe contener una indicación de los valores determinantes de las elecciones adoptadas por el juez,

³³⁴ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 139 -140.

dado que un control político sobre el fundamento de justicia de la decisión deberá verificar la congruencia de la elección valorativa del juez con los valores de la sociedad. Este control político o valorativo si bien, debería ser un control difuso realizado por la sociedad en general, en la práctica se desarrolla a través del control directo o institucional realizado por las partes y los órganos jurisdiccionales superiores. La realidad muestra la existencia de una identificación del control democrático y difuso de la sociedad con el control del Tribunal³³⁵.

Aunado a lo anterior, "(...) *sobre los valores asumidos por el juez al decidir, lo cual no se explica si tenemos en cuenta que realmente la función extraprocesal se desarrollaría mejor mediante un control específico de naturaleza política o sociológica*"³³⁶. De modo que, según Colomer:

"La opinión pública encuentra en la motivación el instrumento para enjuiciar el grado de eficiencia de la actividad del juzgador. Por tal razón la decisión y su correspondiente justificación deberían ser eficientes si quieren ser razonables. En conclusión, por tanto, el control externo o difuso de naturaleza democrática desarrollado por la sociedad será siempre un control axiológico o valorativo y, al tiempo, de eficiencia. El control difuso es un control sobre la racionalidad de la actuación del juzgador, tanto en lo relativo a la decisión, como a su justificación, y no es, en cambio, un control sobre la racionalidad de la motivación por ser ésta una función típicamente endoprocesal"³³⁷.

Para decirlo con palabras de Aristóteles, el juez "(...) *es, pues, un árbitro que, de acuerdo con las leyes, dirime el conflicto con espíritu social de pacificación*"³³⁸.

Esos controles tienen efectos en la construcción de ciudadanía y en la educación democrática porque permite que la comunidad, los habitantes de un Estado, la opinión pública conozcan la decisión, su solidez argumentativa y su capacidad suasiva, las causas y consecuencias de las mismas hacia el futuro, de la forma de proceder en circunstancias análogas, inclusive que provoquen o modifiquen sus conductas desde el punto de vista comportamental o ético, para el desarrollo de la vida social.

La razón y la publicidad de la sentencia amilánarán la irracionalidad del fallo judicial de los viejos esquemas, la sana crítica superará los sistemas de prueba secretos y tarifados, que impedían conocer las deliberaciones de los jueces. La sentencia ha de estar configurada entonces, como decisión reflexionada y fundada en las pruebas acopiadas y en las normas legales y constitucionales, de modo que todo tipo de decisión inmotivada hoy, es inconcebible. El Estado se legitimará y otorgará seguridad jurídica si sus jueces estructuran en forma transparente, racional y

³³⁵ *Ibíd.*

³³⁶ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 139 -140.

³³⁷ *Ibíd.*

³³⁸ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3ª ed .Tomo I. Buenos Aires: Deplama, 1979. p. 70; citando en este punto a PAOLI, *Studi sul proceso attico, Padova*, 1933, p. 57 y ss.

argumentativa la decisión anclada en la ley, en la constitución y en las pruebas regulares y oportunamente recaudadas.

La correcta motivación de la sentencia por parte de jueces autónomos e independientes, forjará un Estado políticamente legitimado y democrático, afincará el respeto al debido proceso y al derecho de contradicción, pero al mismo tiempo, posibilitará, crear una disciplina por el precedente a fin de aquilatar la igualdad en la solución de casos; engendrará certeza y previsibilidad en las soluciones jurídicas, en los valores, en los principios y en los derechos, meollo del Estado constitucional y social de derecho.

De tal forma, salvo casos excepcionales, que afectan el derecho a la intimidad o sujetos de derecho con protección reforzada, los procesos judiciales deben ser públicos, de modo que permitan la fiscalización y el control ciudadano por medio de la crítica, como emanación del derecho a ser juzgado en forma pública para que haya un juicio justo e imparcial, y se materialice el derecho de la ciudadanía a observar, a participar respetuosamente escrutando el funcionamiento de la justicia.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado, en lo tocante con la motivación de la sentencia: *“es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”*³³⁹. Ello porque *“forma parte de las garantías judiciales, debiendo los tribunales al adoptar decisiones, fallarlas, debidamente motivadas y fundadas, puesto que, de lo contrario, serían arbitrarias. Las providencias deben exponer, a través de una argumentación racional, los motivos en los cuales se fundan, teniendo en cuenta los alegatos y el acervo probatorio aportado a los autos”*³⁴⁰. De tal modo que el deber de motivar las resoluciones *“es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, pues protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados, observando el debido proceso, observando el derecho de contradicción y defensa, mediante las razones que el Derecho suministra, y que, por tanto, otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”*³⁴¹.

4.6 PARTES DE LA SENTENCIA Y LA MOTIVACIÓN³⁴²

Al analizar la motivación debe tenerse en cuenta la estructura formal de la sentencia que se integra por unos antecedentes o cuestión fáctica, por una parte, motiva y una resolutive.

³³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182 N° 12: Debido Proceso 147 77.

³⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

³⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr.152.

³⁴² ALISTE SANTOS, Tomás J. *La motivación de las resoluciones judiciales*. 2da ed. Madrid: Marcial Pons, 2018.

La motivación no solo es una garantía para los administrados y para la ciudadanía en general, lo es también, individualmente para las partes, por cuanto su litigio queda definido; pero desde las fuentes jurídicas formales, es la parte medular que permite construir jurisprudencia, líneas jurídicas de pensamiento, o la formación de precedentes. La Corte Constitucional colombiana, al decidir la exequibilidad del artículo 17 del C. C., con acierto expone en la Sentencia C-461 de 2013, con referencia a la motivación y la *decisum*, que ésta última, conocida también como parte resolutive, es “(...) *la que en realidad contiene el mandato o manifestación de la voluntad que emiten (...)*”³⁴³ los jueces; y la parte considerativa, a pesar de no tener la importancia decisiva de la resolución que bajo formas imperativas desata la controversia, si tiene connotación porque “(...) *es la relevante en el caso de las altas cortes en cuanto fuente de precedentes de obligatorio cumplimiento para los particulares, las autoridades, y sobre todo los jueces que resuelven futuros casos semejantes*”³⁴⁴.

En la obra *Teoría y Técnica de la Casación*³⁴⁵, en uno de sus capítulos presento las partes que la integran, elementos de la forma y del fondo. Hay una parte descriptiva, compuesta por la identificación de la sentencia, el objeto o *petitum* de la controversia, la *causa petendi*, la actuación procesal, todos estos tres elementos integrando los antecedentes del caso o aquéllos en que se funda la causa y son materia de juzgamiento. Luego, está la parte medular: se trata de la parte motiva o considerativa donde están insertas las razones de la decisión, generalmente compuesta por la *ratio decidendi* y las *obiter dicta*, y finalmente la parte resolutive.

La Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia SU- 047 de 1999, encarando la composición lógica de la sentencia, razonó:

“Estos conceptos son formulados de distinta manera y con lenguajes diversos por los autores (...). Sin embargo, su sentido esencial es relativamente claro: Así, el *decisum* es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. En cambio constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”³⁴⁶.

³⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consulta el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. *Teoría y técnica de la Casación*. 2da ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2008.

³⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999

En igual sentido, esa misma Corte en Sentencia C- 836 de 2001 se pronunció acerca de las diferencias existentes entre los componentes esenciales del fallo y los que se hallan albergados en la parte motiva, con el fin de encontrar la fuerza jurídica que emana cada una de esas partes, para efectos de construir líneas jurisprudenciales o una doctrina probable, o para obtener las subreglas con vocación de antecedentes replicables para otra serie de casos semejantes. Abordando esa cuestión, razona:

“Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que **no todo el texto de su motivación resulta obligatorio**. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho. Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución. (...)”³⁴⁷.

Hallar la *ratio decidendi* en la sentencia, representa un gran desafío para el intérprete o el juzgador, dada su importancia excepcional por razón de la fuerza vinculante que de ella emana. En ese sentido, en ésta decisión la Corte instiga a los jueces, particularmente, a los tribunales de cierre a explicitar y hacer más claras las razones de su decisión en la providencia judicial:

“(…) Por supuesto, la definición general de dichos elementos no es unívoca, y la distinción entre unos y otros en cada caso no resulta siempre clara. Sin embargo, la identificación, interpretación y formulación de los fundamentos jurídicos inescindibles de una decisión, son labores de interpretación que corresponden a los jueces, y principalmente a las altas Cortes. La *ratio decidendi* de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia,(…) sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto”³⁴⁸.

[consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

³⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836. Expediente D-3374. (9, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil [en línea]. Bogotá, D.C.:2001 [consultada el 1 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

³⁴⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836. Expediente D-3374. (9, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil [en línea]. Bogotá, D.C.:2001 [consultada el 1 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

De consiguiente, es la parte motiva el centro y el punto convergente de la sentencia donde se construye el precedente o una doctrina probable, porque es en la justificación donde se labra la línea de pensamiento judicial que subsume la realidad y el pensamiento, los hechos objeto de juzgamiento y las formulaciones abstractas prevista en la ley, o donde se crean los principios abstractos que han de gobernar esa situación, cuando la ley ni las demás fuentes de derecho prevén una disposición o un punto de partida para solucionar el caso. Es entonces la parte motiva donde se construyen una tendencia jurisprudencial, un precedente o donde se gesta una doctrina jurisprudencial.

4.7 DERECHO COMPARADO E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

En España el artículo 120 de la Constitución española de 1978, dispone:

“1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.

“2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.

“3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”³⁴⁹.

El numeral 3 incluye en forma clara la obligación de dictar sentencias debidamente justificadas.

La circunstancia de que la Constitución española eleve a la categoría de norma constitucional la obligación de motivar la sentencia, implica necesariamente aceptar que no es un problema meramente legal justificar por parte del juez la sentencia, sino que la cuestión se liga con la supremacía constitucional. Procura garantizar el derecho a conocer el proceso epistemológico y lógico que realiza el juez para llegar al fallo, el derecho que utiliza y las pruebas en que se finca, de modo que el justiciable pueda controlar, debatir, controvertir la aplicación del derecho y el análisis que de las pruebas hace el juez. Es la expresión del derecho a controlar la actuación judicial y sus fundamentos para prevenir la arbitrariedad.

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra la obligación de motivar la sentencia como garantía judicial. Se trata de una norma de carácter supranacional que ingresa a nuestro ordenamiento a través del bloque de constitucionalidad, imponiendo a todos los jueces de América en general, la carga de argumentar y justificar todas sus decisiones a fin de no cometer injusticias e iniquidades con la ciudadanía.

Precisamente la Corte Interamericana, en antecedente de otra serie de juicios, aplicando el régimen convencional expresa:

“El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser

³⁴⁹ ESPAÑA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 27 de diciembre de 1978. Editado por Luis López Guerra. Ed. 15. Madrid: Tecnos, 2008. p. 121.

juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática³⁵⁰.

"(...).

"Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias³⁵¹.

"(...).

"En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad"³⁵².

En otras decisiones de la CIDH, entendiendo la motivación de la sentencia, como garantía fundamental del Estado de Derecho, añadió:

"Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores³⁵³.

"(...).

"Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso"³⁵⁴.

4.8 LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA JUDICIAL EN COLOMBIA

En Colombia, el requisito de la motivación de la sentencia se introdujo puntualmente por el artículo 67 del Acto Legislativo número 1 de 1945 al plasmar: "*toda sentencia deberá ser motivada*", con acierto, incorporado inicialmente en el art. 161 y finalmente en el art. 163 de la Constitución Nacional de 1886; y del mismo modo,

³⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, supra nota 121, párr. 77 y Caso Escher y otros Vs. Brasil, supra nota 147, párr. 208.

³⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama Vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 152 y 153; Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 153, y Caso Escher y otros Vs. Brasil, supra nota 147, párr. 139. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. Cfr. ECHR, Hadjianastassiou v. Greece, judgment of 16 December 1992, Series A no. 252, para. 23.

³⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 122 y Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, supra nota 121, párr. 78.

³⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, supra nota 121, párr. 78. Por su parte el Comité de Derechos Humanos consideró que cuando un tribunal de apelación se abstuvo de fundamentar por escrito la sentencia, ello reducía las posibilidades de éxito del acusado si solicitaba autorización para apelar ante un tribunal superior impidiéndole así hacer uso de un remedio adicional. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Hamilton v. Jamaica, Communication No. 333/1988, CCPR/C/50/D/333/1988, 23 de marzo de 1994.

³⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, sentencia de 1 de julio de 2011.

todos los códigos de procedimiento fijan criterios de cómo debe adelantarse la motivación de la sentencia por parte del juez.

Por supuesto que las sentencias deben motivarse y esta obligación es paralela con el nacimiento del Estado de Derecho. En nuestra génesis, recuérdese, aún los oidores, luego las Reales Audiencias, en la fase colonialista, con mayor o menor exigencia, motivaban sus decisiones sobre problemas de conquista, mita, encomienda, trato con aborígenes, régimen impositivo, etc.; y, posteriormente con el nacimiento del Estado Nacional, por virtud de los nuevos fenómenos históricos de formación de la República Independiente, superadas las guerras independentistas, jueces y tribunales motivaban sus sentencias, afirmando la independencia de la República.

La Constitución de 1991 no diseñó norma constitucional alguna que contenga en forma expresa la obligación de motivar la sentencia, empero, sí está prevista esta exigencia dentro del conjunto de derechos que integran el debido proceso consagrado en el artículo 29, pero del mismo modo, del 228 punto de asiento del derecho de acceso a la tutela judicial efectiva, dimana la justificación de un fallo es una garantía para la protección de los derechos.

Pero sobre el particular la Corte Suprema de Justicia de Colombia, opina:

“(…)[E]l principio de la motivación de la sentencia no aparece en forma expresa en la Constitución Política de 1991, pero el mismo surge del principio de publicidad de la actuación judicial, explícitamente reconocido por los artículos 29 y 228, porque con ella se da a la luz, a la publicidad, las razones de convencimiento que tuvo el juez para adoptar la decisión, permitiendo desterrar de la sentencia la discrecionalidad y la arbitrariedad, haciendo de ella una obra razonable y racional (no emocional), que por contera garantiza el control del fundamento de la decisión por las partes, el juez de la impugnación y la opinión pública en general, según explicación de Liebman.(…)”³⁵⁵.

En complemento de lo anterior la Sala Civil, añadió:

“(…) De manera que la motivación de la sentencia es una exigencia que se entronca con el propio Estado Social de Derecho, en tanto se constituye como un factor legitimante de la actividad judicial, siempre y cuando guarde coherencia y tenga fuerza persuasiva, pues a partir de ella se hace la jurisprudencia, que no es otra cosa que el imperio de la ley aplicado al caso particular. Por consiguiente, esa motivación debe ser concreta y en relación con el caso, porque la jurisprudencia debe ser concebida desde el problema y ‘sus conceptos y sus proposiciones tienen que estar ligados de modo especial con el problema’³⁵⁶.

En el marco de leyes especiales, se encuentra en las disposiciones colombianas, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, con la reforma introducida por la Ley 1285 de 2011. El artículo 55 de esta Ley, dispone: “Las

³⁵⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia SC no. 072. Expediente #4821. (24, agosto, 1998). M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

³⁵⁶ *Ibidem*.

sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales. La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley. La pulcritud del lenguaje; la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan”.

Los diversos estatutos procesales del país³⁵⁷ imponen al administrador de justicia entregar las razones con soporte en las cuales emite resoluciones judiciales que no se reduzcan a impulsar el adelantamiento del proceso. Esas razones o motivos insertos en la considerativa son los que permitirán conceptuar, opinar sobre la juridicidad de la respectiva decisión e interponer los recursos cuando afrontan los derechos y el orden democrático.

En el escenario de normas procesales, encontramos el art. 304 del Código de Procedimiento Civil, el cual con una vigencia superior a cuarenta años, estipulaba: “(...) a excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite, las providencias serán motivadas de manera breve y precisa (...) en la sentencia (...) [!]a motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen”³⁵⁸. Este texto estaba complementado con el art. 187, porque la motivación de la sentencia, además de la exposición de los fundamentos de derecho, igualmente debe desarrollar el análisis probatorio para la apreciación de las pruebas que justifiquen la determinación: “Art. 187. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

El propio legislador le señala al Juez las temáticas en cuyo derredor ha de girar esa motivación. Le ordena contraerse a la ponderación juiciosa de los elementos de persuasión allegados a la causa, así como al análisis de los aspectos legales, de equidad y doctrinarios que sirvan de soporte a las conclusiones, de modo que faciliten entender la razón de ser de las decisiones adoptadas. que en ella habrá de adoptar. Todo, desde luego, sin perder de vista que el marco en el cual ha de desenvolverse el Juez a la hora de fallar está trazado por el objeto y la causa de la respectiva contienda judicial.

El Código General de Proceso, Ley 1564 de 2012, introdujo ambos artículos del C. de P.C., cambiando su numeración por los artículos 176 y 280. El art. 176, alude a la apreciación de las pruebas señalando: “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las

³⁵⁷ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Estructura de la Sentencia Judicial*. Bogotá D.C: ed. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2004. p. 35- 69.

³⁵⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1400. (21, septiembre, 1970). Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 33.150.

solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”, naturalmente que en la sentencia y no en otra pieza procesal, por ello el art. 280 marco dentro del cual se debe construir, trata como característica central de la sentencia, lo relativo a la motivación, disponiendo:

“La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas.

“(…)”.

“La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código”³⁵⁹.

Así, tanto el derecho nacional como el derecho comparado, en general, apuntan a la defensa del Estado democrático cuando se ejerce la función jurisdiccional, exigiendo que el juez, exponga las consideraciones necesarias de la *decisum* en manera proporcionada, racional, juiciosa y ponderada, pero también en forma justa, de tal modo que garantice la efectividad de los derechos subjetivos inmersos en el debate y consagrados por el Constituyente.

Al hablar de la proporcionalidad en este contexto, ha de percibirse como el principio que cumple con relación a la motivación decisional, doble función:

“i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación (...) Desde este punto de vista, resulta claro que la proporcionalidad rige en muchos campos (...), solo que su aplicación demanda esfuerzos de concreción en cada ámbito y en cada supuesto concreto (...)”³⁶⁰.

La motivación de la sentencia deviene de una función pública de la administración de justicia como medio para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa para los justiciables; pero, además, como instrumento para garantizar el derecho de información para la comunidad, en consonancia con el principio según el cual, las

³⁵⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C. Diario Oficial. 2012. no. 48.489.

³⁶⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación No. 52001 23 31 000 1996 07526 01. (13, noviembre, 2009). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

actuaciones de la judicatura son públicas y no secretas, con prevalencia del derecho sustancial.

Ahora, la falta de motivación afrenta a los derechos fundamentales y causal de nulidad. En efecto, la parte motiva y la parte resolutive de la sentencia integran una unidad lógica, epistemológica y ontológica intrínsecas, porque la sentencia judicial no es en forma exclusiva un silogismo formal, de modo que la *decisum* debe ser nada más ni nada menos que la expresión y concreción vinculatoria de la *ratio decidendi* inserta en la motiva.

En ese sentido, en la resolución final o parte dispositiva se debe hallar cabal armonía y correspondencia con la considerativa; de tal manera, que si alguna de las comprobaciones de las premisas históricas o de los razonamientos jurídico forjados a partir de los elementos de convicción, están racionalizados en la motivación de la sentencia en consonancia con el ordenamiento jurídico deben guardar correspondencia con el *decisum*, si los elementos decisorios razonados en la parte motiva, aparecen clara e inequívocamente determinados y juzgados como ejercicio reflexivo del juez a partir de la prueba acopiada válidamente, y de las disposiciones aplicables al caso concreto, pero no fueron explicitados en la parte resolutive, el silencio sobre el particular, no puede engendrar duda de que aquéllos asertos, inferencias o decisiones, también forman parte de ella, como consecuencia del vínculo esencial y causal entre lo dispuesto y lo motivado. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre el particular ha señalado:

“(…) Es posible que no obstante haberse considerado determinado tema en la parte motiva del fallo, éste sea omitido en la que formalmente se entiende como parte resolutive, sin que tal circunstancia comporte una ausencia de decisión, pues es “claro que si la sentencia es un todo constituido por la parte motiva y la resolutive, las cuales conforman una unidad inescindible, la *ratio decidendi* y por ende la fuerza vinculante de la misma, debe verificarse en lo que lógicamente, no formalmente, se identifica como parte dispositiva, determinando su sentido y alcance a partir de los elementos racionales que ofrece la parte motiva o considerativa (cas.civ.25 de agosto de 2000, Exp. 53777, reiterada en cas.civ, 24 de noviembre de 2003, Exp. 7497)”³⁶¹.

No obstante, si no contiene motivación alguna, la sentencia carece de justificación y de elementos mínimos de racionalidad, tornándose en completamente arbitraria y autoritaria, cuyo reproche total merece en el Estado Constitucional y Social de Derecho. Por ello con acierto, Llegaz y Lacambra, señala: “(…) *la arbitrariedad es la negación del derecho como legalidad, en tanto legalidad, negada por el propio custodio de la misma, es decir por el propio poder público*”³⁶².

Los ordenamientos procesales, como el colombiano sancionan con nulidad procesal, la carencia de motivación de la decisión judicial, aspecto que se puede

³⁶¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia SC. Radicación no 73001-3103-001-2000-00457-01 (29, junio, 2007). M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, del mismo modo la Sentencia del 26 de febrero de 2001.

³⁶² LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Filosofía del derecho. 5ª edición. Barcelona: Bosch, 1979, p. 630.

discutir por vía de nulidad procesal, o mediante el recurso de apelación, por vía de una causal de casación, o de revisión siguiendo una de sus causales. Precisamente, por medio de la causal quinta de casación señalada en el art. 336 del C. G. P.; o por vía de la causal octava de revisión prevista en el art. 358 del C. G. del P. cuando la sentencia carece absolutamente de motivación puede ser aniquilada.

En criterio decantado de la Corte, a propósito de las nulidades procesales señala:

“[L]a procedencia de la causal 5ª de casación, por haberse incurrido en alguno de los vicios invalidantes consagrados en el artículo 140 del C. de P.C., supone las siguientes condiciones: 'a) que las irregularidades aducidas como constitutivas de nulidad general existan realmente; b) que además de corresponder a realidades procesales comprobables, esas irregularidades estén contempladas taxativamente dentro de las causales de nulidad adjetiva que enumera el referido artículo 140; y por último, c) que concurriendo los dos presupuestos anteriores y si son saneables, respecto de las nulidades así en principio caracterizadas no aparezca que fueron convalidadas por el asentimiento expreso o tácito de la persona legitimada para hacerlas valer (CSJ SC de 5 dic. 2008, rad. 1999-02197-01, reiterada en SC de 20 ago. 2013, rad. 2003-00716-01)”³⁶³.

Y en cuanto, tiene que ver con la invalidez proveniente de la falta de motivación del fallo adoctrina:

“La jurisprudencia de esta Corte, en coherencia con lo sostenido y con el inciso sexto del artículo 142 del Estatuto Procesal Civil, según el cual «la nulidad originaria en la sentencia que ponga fin al proceso, contra la cual no proceda recurso, podrá alegarse también en la oportunidad y forma consagradas en el inciso 3º», admite la posibilidad de que la ineficacia procesal pueda originarse en la sentencia, entre otras razones, por falta de motivación; pero condicionada a la carencia radical, absoluta y total, por cuanto una omisión de tales características «(...) va de frente contra lo que constitucional y legalmente se consagra como una de las más preciosas garantías individuales, cual es la de que a las partes se les permita conocer las razones, los argumentos y los planteamientos en que se edifican los fallos jurisdiccionales»”³⁶⁴.

En ese sentido, para la Corporación en lo concerniente a la carencia total de la motivación, como causal del juicio rescindente, no la considera equivalente a la argumentación deficiente en la sentencia, como motivo suficiente para ampararla, en sede del remedio extraordinario, exponiendo dichas consideraciones de la siguiente manera:

“A contrario sensu, cuando la sentencia está motivada, así sea en medida mínima, lacónica, parca o confusa, el vicio *in procedendo* no se configura, porque lo sancionable no es nada de ello, sino, itérase, el hecho de que el sentenciador se haya sustraído rotundamente de dar las razones que expliquen o que permitan

³⁶³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia SC-107-2008. (5, diciembre, 2008). M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. reiterada en SC de 20 ago. 2013, rad. 2003-00716-01.

³⁶⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia SC 10223-2014. (1, agosto, 2014). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

conocer, a ciencia cierta, el porqué de la decisión, «(...) desde luego que el razonamiento confuso, deficiente, escaso, exiguo, incompleto, insuficiente o parco no traduce ni conduce a significar que el fallo carezca de fundamentación (CSJ SC 10223 de 1o ago. 2014, rad. n° 2005-01034-01).»³⁶⁵.

De modo que el ordenamiento sustancial, pero principalmente el adjetivo imponen al funcionario judicial la obligación de sustentar, justificar, suministrar las razones o las consideraciones que fincan la parte resolutive de la sentencia, porque, precisamente, aquellas permiten ejecutar el control y el examen de convencionalidad³⁶⁶, de constitucionalidad o de legalidad de la decisión; pues de otra manera, se incurre en nulidad afectando de paso la publicidad, la seguridad jurídica y la confianza legítima de las partes y terceros, así como de la ciudadanía en las autoridades.

La nulidad está asociada con las herramientas del control público sobre la actividad de las autoridades cuando expresan su voluntad en materia de actos administrativos o de providencias judiciales. En el caso de las últimas, se relacionan con la actividad del juez, de la jurisdicción y de la posibilidad de combatir los errores que contenga la sentencia, a través de los diferentes medios de impugnación, esencialmente cuando son arbitrarias y caprichosas, como instrumento para legitimar el Estado de Derecho.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana, ha defendido la tesis de la carencia total de motivación como causa invalidante de la sentencia, en las siguientes: SC de 29 abril de 1988; SC de 8 noviembre de 1989; SC de 23 septiembre de 1991; SC de 1 de septiembre de 1995, rad. 4219; SC de 24 agosto de 1998, rad. 4821; SC de 12 de noviembre de 1998, rad. 5077; SC004 de 23 enero de 2006, rad. 5969; SC de 29 junio de 2012, rad. 2001-00044; SC10223 de 1º de agosto de 2014, rad. 2005-01034; SC14018 del 18 noviembre de 2014, rad. 2000-00784; y SC10097 de 31 julio de 2015, rad. 2009-00241.

De esta manera, la motivación de las sentencias es una conquista del Estado democrático porque obliga a los órganos judiciales a fundamentar sus decisiones como medio de lucha contra el autoritarismo y la arbitrariedad, en pro de jueces justos, racionales, imparciales, autónomos y sujetos a la ley y a la Constitución.

Así mismo, debe encaminarse a desarrollar una argumentación que facilite conocer los hechos objeto de juzgamiento, las normas aplicables, las pruebas y los motivos tenidos en cuenta para tomar la decisión; además, a materializar el derecho de las partes a ser oídas, a la resolución pronta y de fondo de sus peticiones procesales, de sus recursos, de las solicitudes probatorias. Cuando se motiva, se permite que las partes puedan ejercer el derecho de defensa, el derecho a la crítica para

³⁶⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia SC 10223-2014. (1, agosto, 2014). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

³⁶⁶ Al hablar de examen de convencionalidad se hace referencia, a la obligatoria construcción que debe realizar el juez en el Estado Constitucional de analizar en la parte motiva si los hechos y las normas se ajustan también, a las normas internacionales que reconocen y protegen los derechos de las personas y con mayor razón, cuando el propio país se haya adherido al instrumento internacional.

denunciar los errores y pedir su enmienda por un juez superior o por otra autoridad diferente y funcionalmente superior, para proteger el derecho al debido proceso.

4.9 Conclusión

La parte motiva, es por lo tanto, la expresión de la racionalidad del Estado derecho, también el instrumento para definir los problemas diarios que enfrenta el juez y que le proponen las partes para ser resueltos. De la misma forma, es la fuente creadora del derecho propiamente tal, de la dinámica constructora o reiterativa de una línea jurisprudencial, de un precedente o de la doctrina probable.

Es expresión también del pensamiento jurídico, puesto que refleja su historicidad, pudiendo fijar nuevas pautas para reorientar sendas hacia destinos que, tras la nueva motivación, juzgue más justos, pues su norte, en últimas es, buscar la justicia como hacedora de convivencia y fuente de la protección de los derechos materiales.

La motivación es una exigencia procesal, también sustancial pero principalmente de naturaleza constitucional con relación a la actuación judicial para que cumpla su función democrática y satisfaga las premisas básicas de racionalidad y juridicidad. La carencia de justificación desconoce los derechos fundamentales, del mismo modo que, cuando está apoyada en criterios personales, caprichosos, subjetivistas o coyunturales. Debe fundarse en reglas generales y objetivas, en criterios o principios dinámicos, los cuales revisten o aspiran a tener la condición de universales; pero, además, en el conjunto de medios de convicción recaudados aplicando las reglas jurídicas epistemológicas, lógicas, los valores y principios constitucionales.

Por ello, la Corte Constitucional colombiana afirma:

“Aunque la labor hermenéutica del funcionario judicial está rodeada de garantías, como la independencia y autonomía funcional, ello no tiene un sentido absoluto, sino que dicha labor está sometida a importantes condicionamientos. De una parte, la jurisprudencia de los máximos tribunales que, bajo la institución del precedente y el principio *stare decisis*, vinculan directamente a todos los funcionarios judiciales (y a todas las autoridades públicas, tratándose de la Corte Constitucional). Así mismo, se imponen reglas precisas relativas a la validez del ejercicio hermenéutico: razonabilidad, ausencia de capricho y de arbitrariedad.”³⁶⁷.

Aunado a lo precedido, la sentencia debe estar guiada por la razonabilidad de los argumentos y su concordancia con la parte dispositiva, por ello:

“La razonabilidad se relaciona con la admisibilidad o corrección de las conclusiones a las que arriba el intérprete. No se trata, simplemente, de que tales conclusiones resulten absurdas o no, sino que las conclusiones deben ser compatibles con el marco axiológico, deóntico y consecuencialista definido en la Constitución y en el cuerpo normativo del cual hace parte el texto interpretado. El

³⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-546. Expediente T-573149. (18, julio, 2002). M.P. Eduardo Montealegre Lynett [en línea]. Bogotá, D.C.: 2002 [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-546-02.htm>

capricho, por su parte, se presenta en las ocasiones en las cuales el intérprete no sustenta o argumenta debidamente sus conclusiones”³⁶⁸.

En ese aspecto la sentencia se liga con el precedente o con la doctrina probable, porque es en la motivación donde se construye aquél, o se forja aquélla para resolver conflictos jurídicos, con fundamento en “(...) *un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Y es que no puede ser de otra forma, pues de los jueces se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamento en las prescripciones del ordenamiento*”³⁶⁹, de tal modo, que el juez hace justicia en los casos concretos, explicando y justificando la decisión, cumpliendo “(...) *el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta*”³⁷⁰.

Ese raciocinio conlleva la formulación de fuentes normativas formales, ora las leyes, ya principios generales y principios jurídicos o los antecedentes jurisprudenciales de la materia. Al respecto la Corte Constitucional colombiana afirma:

“Esta exigencia de universalidad de la argumentación jurídica es tan importante, que muchos teóricos contemporáneos hacen de ella el requisito mínimo de racionalidad que debe tener una decisión judicial en una sociedad democrática. Así, y por no citar sino a algunos de los doctrinantes más conspicuos sobre este tema, tal es la base de la conocida tesis de Wechsler, según la cual los jueces deben decidir sus casos con base en “principios neutrales y generales”; igualmente allí radica la importancia conferida por Perelman y MacCormick al respeto que deben tener los jueces por el principio de justicia formal, que obliga a decidir de manera igual los casos iguales. O también, ésta es la base de la tesis de Alexy según la cual toda decisión judicial debe estar fundada al menos en una norma universal”³⁷¹.

Todos esos aspectos que apoyan la decisión estructuran la *ratio decidendi* como antídoto contra la arbitrariedad, de modo que “(...) *los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces -funcionarios no electos- de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas*”³⁷².

Ahora bien, la motivación representa la satisfacción de un conjunto multiforme de finalidades en el Estado Constitucional y Social de Derecho: 1. Cumple el requisito

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

³⁷⁰ *Ibidem*.

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

de lógica y racionalidad epistemológica que debe ostentar todo fallo en el Estado de Derecho como respuesta al derecho de los ciudadanos para ser oídos, así como el de la explicación que se les debe por parte del Estado cuando acuden ante él para que por medio de los jueces les resuelva un conflicto. 2. Satisface los fines políticos y jurisdiccionales como medio de lucha contra la arbitrariedad, el despotismo y la irracionalidad, 3. Justifica la necesidad de la existencia de jueces autónomos e independientes frente a las otras ramas del poder público. 4, Es el antídoto ideal contra la intolerancia y contra todo tipo de violencia. 5. Constituye el medio más importante para ejercer un control endoprocesal y extraprocesal o pública a la principal actividad de los jueces. Sin embargo, de las funciones más importantes, consisten en la posibilidad de crear derecho, llenar vacíos, creando líneas jurisprudenciales o subreglas, esencialmente materializadas por medio de doctrinas que se reflejan en la doctrina probable y en el precedente.

Por medio de las dos instituciones, se esculpen y materializan los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe; y, dada la trascendencia de estos principios, toda alteración que un juez o corporación se arrogue o pretenda ejecutar en estas formas jurisprudenciales requiere ineludiblemente una carga argumentativa superior, porque de lo contrario, atenta gravemente contra los derechos fundamentales de todas las personas.

Los jueces con sus decisiones no pueden someter al vaivén a la ciudadanía, no deben realizar cambios irracionales, porque hacen incierta la consecución de los derechos sembrando estados de permanente incertidumbre, habrá improvisación, diversidad de soluciones a casos semejantes, pudiendo entonces, resolverse frecuentemente casos análogos de manera diversa, pisoteando el derecho fundamental a la igualdad.

5. EL PRECEDENTE³⁷³ (*precedent*)

5.1 CONCEPTO

La Real Academia de la Lengua Española, señala que precedente viene de preceder; lat. *praecēdens*, *-entis*, y enuncia las siguientes acepciones: “(...) 1. *adj. Que precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos. (...)*; 2. *Antecedente, acción o dicho anterior; (...)* 3. *Aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta (...)*”³⁷⁴.

El precedente se deriva del sistema jurídico del *common law* y se conoce como “(...) 1. *an action, situation or decision which has already happened and which can be used as a reason why a similar action or decision should be performed or taken*”³⁷⁵. También identifica al “(...) 2. *The way that something has been done in the past which therefore shows that it is the correct way*”³⁷⁶. La definición legal precisa: “(...) *A decision about a particular law case which makes it likely that other similar cases will be decided in the same way (...)*”³⁷⁷.

³⁷³ XIOL RÍOS, José Antonio (1982), “*El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional*”, en Poder Judicial 3, 1982. pp. 25-40; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “*Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva*”, INDRET 1/2013 (www.indret.com); LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier. “*Vindicación del precedente judicial en España*”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1997, n° 1. pp. 267-278; MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002; RIVERO ORTEGA, Ricardo. “*Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho*”. Revista de Administración Pública, 2002, n° 157. pp. 89-118; SHAVELL, Steven. “*The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*” En: Journal of Legal Studies, 1997, Vol. 26, n° 2. pp. 575–612; ZYWICKI, Todd. “*The Rise and the Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis*”. En: *Northwestern University Law Review*, 2003, Vol. 97, n° 4. pp. 1551-1633; MARINONI, Luiz. “*Del Tribunal que declara el “sentido exacto de la ley” al tribunal que sienta precedentes*” en TARUFFO, Michele. MARINONI, Luiz. MITIDERO Daniel. (Coordinadores). *La misión de los tribunales supremos*, Madrid: Marcial Pons. p. 206; MERRYMAN, John Henry y PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: an introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*. California: Stanford University Press. 3ª ed. pp. 34-38; TARUFFO, Michele (2007). *Precedente e giurisprudenza*, Nápoles: Ed., Scientifica. BENDITT, Theodore. “*The Rule of Precedent*”. en: *Precedent in Law Oxford*. Oxford: Clarendon Press. 1987. pp. 89-106; ALVES DIAS DE SOUZA, Marcelo. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, Brasil: Juruá. Editora, 2006. p.18; GOODHART, Arthur Lehman. “*Precedent in English and Continental Law*”. En: *Law Quarterly Review*, Vol. 50, 1934; CORSALE, Massimo. *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979. pp. 40 ss.; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993. pp. 54-55 y 77-78.

³⁷⁴ RAE. *Diccionario esencial de la Lengua Española*. Ed. 22. Madrid: Espasa Calpe, 2006. p. 1188.

³⁷⁵ En español traduce “*Una acción, situación o decisión, la cual ya ha pasado, y puede ser usada como una razón del porqué una acción o decisión similar debería ser adoptada o tomada*”. *Cambridge Advance Learner’s Dictionary [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1113.

³⁷⁶ Se entiende en español como “*La forma que algo está siendo hecho en el pasado, la cual por tanto demuestra que es la forma correcta*” *Cambridge Advance Learner’s Dictionary [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]*. 3ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1113.

³⁷⁷ En español se entiende como “*Una decisión sobre un caso legal en particular, el cual hace posible que otros casos similares sean decididos en la misma forma*”. *Cambridge Advance Learner’s Dictionary [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 1113.

La expresión, lingüísticamente, proviene en el español del verbo preceder, aquello anterior y primero en el orden o en el tiempo, por ello, también es sinónimo de antecedente. Aplicado el concepto a la jurisprudencia desde el punto de vista judicial, precedente es una decisión relativa a un caso particular que es anterior y primero frente a otras decisiones que, fija y provee reglas de derecho utilizables para otros casos sucesivos o posteriores y, como tales, susceptibles de ser universalizados para ser aplicada como criterio de decisión en los casos futuros, una vez verificada la identidad o similitud fáctica, la identidad jurídica, y la unidad conceptual al ordenamiento jurídico. Es aquello que está adelante temporal o ideológicamente, en el tiempo, en el orden o en un lugar determinado. Es la circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores.

Es el mismo *stare decisis et non quieta movere*, estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto, lo ya definido, mantenerse en las cosas ya decididas o en la quietud³⁷⁸ o, simplemente, *stare decisis*, estarse a lo decidido previamente, categoría que circunscribe la función especial que cumple el precedente en el derecho inglés.

5.2 EL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Actualmente, en los sistemas jurídicos anglosajones, el precedente se aplica de facto y se considera como principio general o doctrina formal basada en el “*stare decisis*”³⁷⁹. En el derecho inglés, este concepto es un juicio o decisión de una Corte, normalmente plasmado en un *law report*³⁸⁰, que se usa como autoridad para adoptar la misma decisión en casos subsecuentes. Un solo precedente puede constituir derecho y generar obligaciones, lo que se denomina como “*the doctrine of the individual binding precedent*”³⁸¹.

En los Estados Unidos existe una figura intermedia que se denomina la *jurisprudence* constante o jurisprudencia constante³⁸², en Tribunales de ciertos Estados como Lousiana, donde la institución del *stare decisis* no es vinculante como, generalmente, ocurre en el derecho anglosajón, sino que existe un reconocimiento de la doctrina de la *Jurisprudence constant*, dada la particular influencia romano-canónica en ese Estado de la Federación.

³⁷⁸ Respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos, es expresión del brocardo inglés (Black's Law Dictionary): adherir a los precedentes y no perturbar las cosas que han sido establecidas”. *Black's Law Dictionary*, West, St. Paul, Minn., 1990. 6ª ed., s.v. “*stare decisis*”.

³⁷⁹ Sobre el particular consultar el uso que de la expresión hacen CAPPELLETTI, Mauro. *The Judicial Process in Comparative Perspective* [El Proceso Judicial en Perspectiva Comparativa]. 1ª ed. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1989; y ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law* [Introducción al Derecho Comparado]. Trad. WEIR, T. 3ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.

³⁸⁰ En el *common law*, los *law report* son repertorios de jurisprudencia que contienen los casos más importantes (*leading cases*) que se convierte en el precedente.

³⁸¹ Se traduce como “La doctrina del precedente individual obligatorio”. Véase al respecto en: GOODHART, Arthur L. *Precedent in English and Continental Law* [El Precedente en el Derecho Inglés y Continental]. En: *Law Quarterly Review*, 1934. n° 50.

³⁸² Se usa el término francés para hacer referencia a ella.

A diferencia del precedente del derecho inglés, en el derecho continental no contempla la adhesión a un principio de derecho anunciado y aplicado en una única ocasión en el pasado. Solamente, una regla de derecho se acepta y se considera en decisiones subsiguientes por los tribunales cuando se profieren reiteradas decisiones jurisprudenciales de un mismo asunto. Este fenómeno es el que se denomina *Jurisprudence constante*³⁸³, el cual se acerca más al derecho del *civil law*.

5.2.1 El Precedente Judicial en el Derecho Inglés

El precedente judicial es uno de los elementos que caracteriza al Derecho inglés, de marcado carácter jurisprudencial (*common law*). Los tribunales ingleses están obligados a dotar de unidad y coherencia a todo el sistema jurídico, y actuar conforme a las decisiones previas por su carácter vinculante. En este sentido, una aplicación incorrecta del precedente judicial a considerar en cada caso concreto, será objeto de recurso de apelación.

Los primeros jueces a finales del Siglo XVIII denominados “racionalistas”³⁸⁴, pensaban en el *case-law* como los principios racionales a los cuales se debía acudir y justificar la gobernabilidad de casos particulares³⁸⁵.

Los defensores de esta corriente doctrinal reconocieron al *case-law* como aquella figura jurídica fuente de reglas a seguir, independientemente de los méritos que tuviera. Una de esas reglas era el *stare decisis*. Este principio representaba la política de *following* o seguimiento de decisiones previas ya firmemente establecidas.

El obedecimiento inexcusable del precedente llevó a dos situaciones en Inglaterra, de un lado, estaban los defensores de la fuerza vinculante del *stare decisis* y, de otro, los detractores de ésta, quienes apelaban por la injusticia e inconveniente de la continuada observancia del precedente, argumentando que cuando sus defectos eran sustanciales o estaban en contradicción con la doctrina legal general, podían rechazarlo³⁸⁶.

³⁸³ Véase, al respecto, el trabajo de ALGERO, Mary. *The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation* [Las Fuentes del Derecho y el Valor del Precedent: Un estudio comparativo y empírico de un Estado de Derecho Civil en una Nación de Derecho Común]. En: *Louisiana Law Review*, 2005. Vol. 65, n° 2, pp. 15-16; y la referencia que hace del caso *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Co.* 1970 de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

³⁸⁴ En el caso *Jones v Randall* en 1774 se indicaba que los Precedentes servían para ilustrar principios y darles certeza. Sin embargo, la Ley positiva inglesa consagrada en Estatutos dependía de principios, y esos principios gobernaban las decisiones, dependiendo de las circunstancias particulares.

³⁸⁵ EVANS, Jim. *Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century*. [Cambio en la doctrina del precedente durante el siglo XIX]. En: GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 35-72.

³⁸⁶ EVANS, Jim. *Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century*. [Cambio en la doctrina del precedente durante el siglo XIX]. En: GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 35-72.

Esta última postura fue defendida por Lord Mansfield³⁸⁷ catalogado como el jurista inglés más importante del Siglo XIX, quien adujo que, efectivamente, los precedentes se usaban para fijar principios que, por su certeza y firmeza, no debían ser quebrantados; sin embargo, era el peso del principio y no del precedente el que debía ser seguido.

La postura innovadora para la época de Lord Mansfield, lo llevó a pensar en el acatamiento o *following* de la jurisprudencia no como meros principios detrás de un cúmulo de casos sino como la razón (*reason*), entendida en el Derecho Común primigenio, como el interés dirigido únicamente al beneficio de la sociedad.

Una tesis contraria a la expuesta por Lord Mansfield fue la de Lord Camden³⁸⁸, defensor de una corriente doctrinal opuesta, a quienes denominaron los formalistas (*the formalist*). Esta tendencia conservadora que propugnaba fielmente el *stare decisis*³⁸⁹, veía el *case law* como aquella doctrina y reglas establecidas firmemente por la aceptación previa de los jueces.

A finales del siglo XVIII, la tendencia en el sistema jurídico inglés apoyaba la postura de Lord Mansfield, en ésta, ciertamente existía una práctica de seguimiento o *following* de precedentes, sin embargo, la doctrina del *stare decisis* era considerada un “principio” de adhesión a decisiones y no una serie de reglas. Además, las únicas cuestiones fijas en el sistema fueron las reglas y doctrinas firmemente establecidas por aceptación histórica.

Ya en 1830 se discutía sobre el carácter vinculante de una única decisión³⁹⁰, se aducía que bajo muchas circunstancias el precedente, así fuera la primera vez, obligaba a la Corte a tomar la misma decisión en casos similares.

La defensa del *following* o seguimiento de una sola decisión³⁹¹ se centraba en tres argumentos. El primero, en la necesidad de proteger a los ciudadanos que pudieron haber confiado en la autoridad previamente. El segundo, en la importancia de asegurar unas bases más certeras por medio de las cuales los abogados se basarán para aconsejar a los clientes y para preparar los casos. Tercero, en la relevancia de garantizar uniformidad en la decisión de las Cortes. Un argumento adicional para

³⁸⁷ FIFFOT, C. Lord Mansfield. Oxford: *Law in the Making*. 7ª ed., 1936. p. 210-219.

³⁸⁸ Fue *Chancellor* desde 1766 hasta 1770.

³⁸⁹ En 1774 en el caso *Donaldson v Beckett* “*But who has the right to decide these new cases, if there is no other rule to measure by but moral fitness and equitable right? Not the judges of the common law, I am sure. Their business is to tell the suitor how the law stands, not how it ought to be.*” Que traduce: “(...) Pero ¿quién tiene el derecho de decidir estos nuevos casos, si no existe otra regla para medir sino la autoridad moral y equidad? No los jueces del derecho común, estoy seguro. Su negocio es decirle al demandante la forma en que la ley se sitúa y no como debe ser”. Burr 2408; 98 er 257 y Cobbett’s Parl. Hist., XVII, 953 citados por EVANS, Jim. *Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century*. [Cambio en la doctrina del precedente durante el siglo XIX]. En: GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 40.

³⁹⁰ RAM, James. *The science of Legal Judgment* [La ciencia del juicio legal]. 2ª ed. 1834.

³⁹¹ *Ibidem*, pp. 113-119.

ciertos defensores del *following*³⁹², era la reputación del Juez que adoptaba la decisión.

Cuando eran dos o más precedentes, las razones a su favor eran mayores, y se consideraban como estrictamente vinculantes, sin embargo, en ocasiones, los Tribunales modificaban (*overturned*)³⁹³ doctrinas aparentemente establecidas, por ejemplo, cuando eran emitidas por Corte inferior. *The House of Lords*³⁹⁴, o la Cámara de los Lores tenía más autoridad que la *Court of Westminster Hall* o *Corte de Westminster*³⁹⁵, y podían modificar sus decisiones.

5.2.2 El Precedente en el Sistema Jurídico Australiano

La historia compartida entre Inglaterra y Australia por haber formado parte del Imperio Británico que surgió después de la guerra de independencia americana ocurrida entre 1775-1783, impone considerar en el análisis del precedente judicial la intersección entre conceptos ingleses y australianos, en los cuales, el razonamiento judicial del precedente se observa desde la perspectiva del *Common Law Tradition*, esto es, la tradición del derecho común³⁹⁶.

El apogeo de "*la Doctrina del Precedente*", en ambos países se presentó entre 1865 y 1966³⁹⁷, en asocio con la doctrina del *stare decisis*, entendida ésta, como la justificación, la obligación de un tribunal de seguir sus decisiones previas. Su fin era servir de medio convencional para asegurar que casos similares pudieran ser decididos por igual.

Durante este período, se reconoce la importancia del *law-reporting*, una guía aproximada que registra la trascendencia de informar la ley a los ciudadanos dentro

³⁹² EVANS, Jim. *Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century*. [Cambio en la doctrina del precedente durante el siglo XIX]. En: GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 49.

³⁹³ Op. cit., p. 130.

³⁹⁴ Solo hasta 1820 los jueces empezaron a dominar la House of Lords. Anteriormente, las decisiones en su capacidad judicial eran adoptadas por voto de todos los miembros presentes, la mayoría de los cuales eran pares religiosos. Las decisiones eran altamente influenciadas por consideraciones políticas, e inclusive, por conexiones con los partidos. Al respecto véase. STEVENS, Robert. *Law and Politics: The House of Lords as a Judicial Body, 1800-1976*. [La Casa de los Lores como un cuerpo judicial, 1800-1976]. Londres: Chapel Hill, 1978. BEVEN, T. *Appellate Jurisdiction of the House of Lords*. [Jurisdicción apelada de la Casa de los Lores]. LQR, 1901, p. 357. Al igual, la Casa no deliberaba opiniones, se debía prácticamente adivinar con base en los discursos u opiniones dadas; posteriormente las decisiones fueron desordenadamente reportadas hasta 1812. ALLEN, *Law in the making*. [Ley en el proceso]. 7ª ed., n° 1, p. 220. Por estas razones sus decisiones no fueron relacionadas particularmente con la profesión.

³⁹⁵ RAM, James. *The science of Legal Judgment [La ciencia del juicio legal]*. 2ª ed. p. 161.

³⁹⁶ LINDSAY, Justice Geoff. *Historical Foundations of Australian Law*. [Bases Históricas de la Ley Australiana] En: WATSON, James. *Building a Nation. The Doctrine of Precedent in Australian Legal History*. [Construyendo una Nación. La Doctrina del Precedente en la Historia Legal de Australia] Vol. 1. Sidney: Federation Press, 2003, p. 267-296. LINDSAY, Justice Geoff. *The "Doctrine of Precedent" in Australian Legal History*. The University of Sydney, 2017.

³⁹⁷ LINDSAY, Justice Geoff. *The "Doctrine of Precedent" in Australian Legal History*. The University of Sydney, 2017. p. 2.

de un estudio de *reasoning* o razonamiento judicial en el *common law*³⁹⁸. El primer ejemplar se publicó en Inglaterra hacia 1865, paralelamente, se efectuaba una reforma legislativa de 50 años que resultó en la reorganización de las Cortes del Sistema Inglés, denominado "*the United Kingdom Judicature Acts of 1873 and 1875*"³⁹⁹.

Hacia el final del apogeo de la doctrina del precedente, Australia con la aquiescencia de los británicos, avanzó hacia una deconstrucción formal de su sistema colonial de cortes, y, de esta manera incursionó en un sistema judicial nacional independiente. El nuevo establecimiento se materializó a través de los *Australian and Imperial Australia Acts of 1986*⁴⁰⁰.

Casi al mismo tiempo, a raíz de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), ciertos detractores de la doctrina del precedente como el profesor Julius Stone (1907 - 1985) observaron de forma escéptica su existencia, aduciendo que era una construcción artificial del siglo XIX.

El profesor Stone sugirió que el precedente del *common law*, contradecía el interés jurisprudencial denominado *leeways of choice*, o libertad de elección de los jueces en relación con sus técnicas e influencias sociales. Se dice que su preocupación sobre el precedente y la jurisprudencia asociada a su doctrina fue transmitida a sus estudiantes de derecho, incluidos jueces australianos que adoptaron su postura⁴⁰¹.

La corriente del escepticismo, toma fuerza una vez que se acepta la idea de que los jueces "*hacen*" la ley y no simplemente la "*declaran*". De esta manera, el desconocimiento del precedente se justificaba aún más por su caracterización como una mera "*práctica*" y no una "*doctrina*". Tras la implementación de los *Australian and Imperial Australia Acts of 1986*⁴⁰², la Corte Suprema de Australia ya no estaba obligada a seguir las decisiones de los tribunales ingleses.

Los tribunales australianos, en consecuencia, reformaron la Ley. En específico, la Corte Suprema, como último tribunal de apelación de la Nación, asumió una nueva obligación de evaluar la ley australiana, que ya no se encontraba limitada por las decisiones del *Privy Council* inglés⁴⁰³. A modo de ejemplo, en el juicio *Mabo v Queensland (No. 2)* (1992) 175 CLR 1 la *High Court* o Corte Suprema de Australia

³⁹⁸ LINDSAY, Justice Geoff. *The "Doctrine of Precedent" in Australian Legal History*. The University of Sydney, 2017. p. 3.

³⁹⁹ *Ibíd.*

⁴⁰⁰ El juicio *Parker vs. Queen* 111 CLR en 1963 adelantado en la Corte Suprema de Australia o High Court of Australia culminó con los *Australia Acts of 1986* o los Actos Australianos e Imperiales de Australia de 1986.

⁴⁰¹ LINDSAY, Justice Geoff. *The "Doctrine of Precedent" in Australian Legal History*. The University of Sydney, 2017. p. 3.

⁴⁰² El juicio *Parker v Queen* 111 CLR en 1963 adelantado en la Corte Suprema de Australia o *High Court of Australia* concluido en los *Australia Acts of 1986* o los Actos Australianos e Imperiales de Australia de 1986.

⁴⁰³ Consejo Privado de su Majestad, es un cuerpo de asesores del soberano británico. Se conforma en gran parte con políticos de alto nivel, que han sido o son miembros de la Cámara de los Comunes o de la Cámara de los Lores del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

reinterpretó las consecuencias legales de la colonización británica de Australia y calificó los orígenes feudales de la propiedad australiana a través de la Ley de reconocimiento de títulos indígenas a la tierra⁴⁰⁴.

5.2.3 El Precedente Judicial en el Sistema Jurídico de los Estados Unidos

El *case law* estadounidense se fundamenta en el principio *stare decisis*, según el cual, todos los casos deben ser decididos de la misma forma. Cada juez, al decidir un asunto, selecciona los casos anteriores para fundar su decisión. A su vez, en este sistema del *stare decisis*, todos los casos tienen el potencial de ser un precedente, en algún sentido.

Sin embargo, unos pueden ser considerados como autoridad persuasiva (*persuasive*) o incluso vinculante (*binding*), inclusive, si una parte diferente de la decisión ha sido desacreditada o *overturned*. Solo el *holding* de un caso puede ser vinculante o *binding*; cualquier otra afirmación considerada innecesaria para el resultado de la decisión no posee el carácter de vinculante.

Para que un caso anterior sea considerado precedente vinculante debe cumplir con dos requisitos: primero, el caso anterior debe abordar los mismos aspectos legales en comparación con el nuevo asunto. Cuanto mayor sea el grado de similitud objetiva, más peso tendrá el precedente⁴⁰⁵. El grado de similitud es generalmente un punto de contención entre las partes y el litigio. El juez debe revisar y sopesar los argumentos de los litigantes, pero también puede llevar a cabo su propia investigación y análisis de casos anteriores⁴⁰⁶.

El segundo requisito, se finca en que el precedente debe haber sido decidido por el mismo tribunal o un tribunal superior dentro de la jerarquía a la que el tribunal del caso pertenece⁴⁰⁷. No obstante, un tribunal está facultado para seguir o *follow* las decisiones de otros tribunales que no son superiores, en su calidad de precedente persuasivo, si están bien razonadas y si no existe un precedente vinculante que entre en conflicto⁴⁰⁸.

Al ejercer su poder para determinar la constitucionalidad de las acciones del gobierno federal y estatal, la Corte Suprema ha proferido una gran cantidad de

⁴⁰⁴ LINDSAY, Justice Geoff. *The "Doctrine of Precedent" in Australian Legal History*. The University of Sydney, 2017. p. 3.

⁴⁰⁵ WALKER, John Jr. *The Role of Precedent in the United States: How Do Precedents Lose Their Binding Effect?* [El rol del Precedente en los Estados Unidos: ¿Cómo pierden su efecto vinculante los precedentes?]. En: *Stanford Law School China Guiding Cases Project*, Febrero, 2016. p. 2. [Citado 13 marzo 2019]. Disponible en: <http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/15-John-Walker>.

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ Sobre el particular, consultar la obra de CAMINKER, Evan H. *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?* [¿Por qué las Cortes Inferiores deben obedecer los precedentes de las Cortes Superiores?] 46 STAN. L. REV. 817,1994. p. 825-827.

⁴⁰⁸ WALKER, John Jr. *The Role of Precedent in the United States: How Do Precedents Lose Their Binding Effect?* [El rol del Precedente en los Estados Unidos: ¿Cómo pierden su efecto vinculante los precedentes?]. En: *Stanford Law School China Guiding Cases Project*, Febrero 2016, p. 2. [Citado 13 marzo 2019]. Disponible en : <http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/15-John-Walker>

decisiones judiciales, o "precedentes" interpretando la Constitución. La forma como la Corte usa el precedente para decidir asuntos controvertidos ha elevado el debate sobre si debiese seguir las reglas establecidas en decisiones anteriores o modificarlas (*overruling*), cuando el precedente se basa en razonamientos defectuosos, estándares inviables, abandonados o supuestos fácticos desactualizados⁴⁰⁹.

Por ello se habla en el ordenamiento angloamericano del derecho del *case law*, entendido como el conjunto de reglas, de parámetros y principios que el juez debe seguir para resolver casos posteriores, no como simples materiales o fuentes auxiliares o persuasivos. De manera que el juez, forzosamente, debe tener en cuenta los casos anteriormente ya resueltos para resolver los posteriores mediante sentencia que ponga fin al litigio⁴¹⁰. Por regla general, en este ordenamiento se procura respetar lo decidido y no se cuestiona lo ya resuelto, motivo por el cual, en estos eventos, la sentencia cumple dos funciones:

1. Efecto presente y pasado. Resuelve el caso concreto presente, con apoyo en el pasado.
2. Efecto futuro. Repercute hacia el devenir porque sirve de criterio para casos futuros.

Compendiando los subsistemas de precedentes en esta tradición jurídica, el *stare decisis*, jurisprudencialmente, es una obligación que se impone al juez de seguir un criterio propio o de otro juez de manera uniforme. Ello traduce que a un caso semejante debe dar igual respuesta, a tal punto, que en el sistema anglosajón implica responsabilidad funcional el no seguimiento de la decisión estándar para casos semejantes.

Conforme a tal concepto, el precedente es la primera decisión de un juez o tribunal de mayor jerarquía (precedente vertical), o del propio juez (precedente horizontal o autoprecedente), dictada en un caso particular, que contiene una subregla utilizable para otros litigios posteriores, que es acogida en casos ulteriores, sucesivos o posteriores en forma persuasiva o vinculante por el propio juez o por los jueces de menor jerarquía, adquiriendo efectos normativos para casos posteriores, y por consiguiente, susceptible de ser generalizada como criterio de decisión judicial en los casos siguientes. Es la decisión relativa a un caso particular, que fija reglas utilizables para otros casos, por tanto, mutándose en medio de identidad y unidad del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, Sodero, expone un concepto muy amplio de precedente cuando expresa:

⁴⁰⁹ LEGISLATIVE ATTORNEY. *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent* [Las modificaciones del Precedente Constitucional de la Corte Suprema]. R45314, Washington: Congressional Research Service, 2018. p. 2.

⁴¹⁰ Sobre el particular consultar la obra *El precedente en el derecho inglés* del profesor, CROSS, Rupert y HARRIS, J. W. Trad. María Angélica Pulido, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Editorial Marcial Pons, 2012.

“Constituye un “precedente” a los fines de la interpretación jurídica toda decisión judicial anterior que tenga alguna relevancia para el juez que debe resolver el caso. Se trata, según puede advertirse, de una noción amplia que excluye eventuales restricciones como las que podrían derivarse de atribuir el valor de “precedentes” sólo a las decisiones emanadas de las cortes supremas respectivas, o que expresen criterios “reiterados” en otras decisiones -requisitos presentes en el artículo 1.6 del Título Preliminar al Código Civil español (...)-, o que estén “firmes” (esto es, que gocen del status de la *res iudicata*), o que hayan sido publicadas (...)”⁴¹¹.

De manera que, es el juez del caso siguiente, el segundo, quien establece si existe o no precedente, analizando y hallando la *ratio decidendi*, porque es quien analiza o transforma la decisión anterior en precedente, verificando si existe identidad en los hechos, igualdad o semejanza en las razones utilizadas en la primigenia decisión con la segunda a proveer, para traer o transpolar la *ratio decidendi* originaria. Esa decisión previa, una vez analizada y tras haber escrutado, correspondencia fáctica y racional, para el segundo caso, se torna, por regla general, en un enunciado autoritario con criterio obligatorio para decisiones subsecuentes.

Sin duda, los jueces, en el derecho universal, tienden a resolver sus casos de una manera igual a como se hizo por otros, o como el propio juez lo ha hecho, sea por una inclinación que imponen los hábitos, la facilidad, la costumbre, o por imposición del mismo ordenamiento cuando no existen razones para separarse de una decisión, o porque, aun teniéndolas, el mismo ordenamiento lo impone por su fuerza coercitiva.

El precedente o *precedent* es el fundamento básico del derecho inglés, por ello, se habla del derecho jurisprudencial (*case law*), que abarca la interpretación del derecho legislado por el parlamento y la creación del derecho propiamente a través de las decisiones concretas de los jueces. Como disciplina judicial, implica que los tribunales deben seguir y aplicar lo decidido y aplicado por los tribunales o jueces jerárquicamente superiores, por ello, gran parte de las apelaciones o *appeals*, giran en torno a los debates de la aplicación de los precedentes en las sentencias por desviación o incorrección, esto es, *appeals by way of case stated*.

En esa perspectiva se comprende, que el precedente es la decisión que provee una regla universal susceptible de ser aplicada como criterio de decisión en casos sucesivos otorgando identidad y homogeneidad al derecho; y, por tanto, se trata de decisiones previas, que se tornan en enunciados autoritarios que funcionan como criterio obligatorio para decisiones subsecuentes.

En su ejercicio racional, el juez, una vez, con antelación y con posterioridad a la instrucción probatoria del asunto, realiza esa tarea de analizar la correspondencia fáctica y jurídica, para el segundo caso.

⁴¹¹ SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de precedente. En: *Isonomía*. México: octubre, 2004, no. 21. p. 220. *Versión impresa* ISSN 1405-0218.

5.3 ¿QUÉ ES LO QUE CONSTITUYE EL PRECEDENTE O DÓNDE SE HALLA?

Para efectos de la vinculatoriedad de un precedente deben distinguirse las partes de una sentencia, consistentes en la “*ratio decidendi*, la *obiter dictum* (dichos al pasar)”⁴¹² y la *decisum*⁴¹³, por cuanto no toda parte de la sentencia constituye el precedente o tiene efecto de erigirse en subregla para casos posteriores, ni toda la motivación de la sentencia. Al respecto, la Corte Constitucional ha distinguido que:

“(…) [L]a *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. En cambio, constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”⁴¹⁴.

En síntesis, las *obiter dicta* o *mero dictum*, son motivaciones incidentales, las cuales no revisten carácter obligatorio sino persuasivo; la parte resolutive o *decisum* es la “disposición” que hace tránsito a cosa juzgada explícita y con carácter obligatorio, y en juicios de inconstitucionalidad con efectos “*erga omnes*”; y, la *ratio decidendi*, constitutiva de cosa juzgada implícita con efectos vinculantes. Esta distinción aparece en la Sentencia C-037 de 1996, reiterada, entre otras, en la SU-047 de 1999:

“(…) Sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella (…)”⁴¹⁵.

De consiguiente, en relación con la cosa juzgada, contrastando los elementos integrantes de la sentencia, la propia Corte Constitucional colombiana se pregunta, cuál parte de las sentencias tiene efectos de cosa juzgada constitucional y reitera:

⁴¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

⁴¹³ Sus distinciones conceptuales pueden hallarse en la sentencia SU- 047 de 1999, así como en la Sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional.

⁴¹⁴ Op. cit.

⁴¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

“La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

“Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

“Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

“En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera *obiter dicta* (...)”⁴¹⁶.

Ahora bien, los argumentos relacionados con la parte dispositiva también son obligatorios: “*Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia*”⁴¹⁷.

A pesar de que la sentencia es un todo, es indiscutible que la parte resolutive no es el precedente, así vincule a todos los otros sujetos de derecho del respectivo Estado⁴¹⁸, en cuanto hace tránsito a cosa juzgada; sí lo es, la *ratio decidendi*, “(...) principio abstracto, (...) base necesaria de la decisión, (...) que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares”⁴¹⁹, siguiendo el *common law*, como lo señaló con claridad “(...) en Inglaterra Lord Jessel, en el caso *Osborne v Rwllet de 1880*, en donde precisó que “la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base a la decisión”. Finalmente, los *obiter dicta* tienen una fuerza persuasiva, que puede ser mayor o menor según el prestigio y jerarquía del tribunal, pero no son vinculantes; “(...) un *dictum* constituye entonces, en principio, un criterio auxiliar pero no obligatorio para los otros jueces”⁴²⁰.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

⁴¹⁸ En este punto la Corte Constitucional señala que la *decisum* ni es precedente “(...) ni vincula a los otros jueces, por la sencilla razón de que a éstos no corresponde decidir ese problema específico sino otros casos, que pueden ser similares, pero jamás idénticos”: COLOMBIA, CCONST. Sentencia SU-047 de 29 de enero de 1999, exp. T-180.650; Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; aserción inconsistente por cuanto, la *decisum* de sentencias, que contengan un control abstracto de constitucionalidad, obligan en materia constitucional a los intervinientes en el juicio y a todos los otros, que directa o indirectamente deban aplicarlas, por ejemplo, al Congreso, a todas las ramas del poder público y a los jueces en general. Otros fallos, deben ser respetados por todos, cual ocurre en las acciones de populares. Cómo entender el efecto imperativo de una sentencia que ordena la entrega de un bien, ¿acaso la autoridad no está obligada a hacer cumplir la sentencia entregando el bien a la parte que obtuvo la declaración y condena respectiva a su favor?

⁴¹⁹ *Ibidem*.

⁴²⁰ *Ibidem*.

Es precisamente la *ratio decidendi* de donde puede extraerse exclusivamente la subregla que como componente decisional puede aplicarse para casos ulteriores. En forma exacta, la Sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional colombiana señala:

“Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho”⁴²¹.

En otra sentencia anterior también se expuso:

“[L]os *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución. Por supuesto, la definición general de dichos elementos no es unívoca, y la distinción entre unos y otros en cada caso no resulta siempre clara (...). La *ratio decidendi* de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto.”⁴²².

Y del mismo modo como un juez, no puede aplicar un precepto declarado inexecutable porque ha dejado de surtir efecto, tampoco puede recurrir a la excepción de inconstitucionalidad, porque la decisión es vinculante. Tanto en su *ratio decidendi*, como en su *decisum*.

Es entonces, la parte considerativa, en donde se aloja la *ratio decidendi* como explicación racional esencial de la *decisum*, la que constituye doctrina vinculante o con aptitud suficiente para serlo, por cuanto es la condición normativa democrática, la “razón necesaria” para la decisión y para los otros jueces, tornándose en precedente, al paso que “(...) los *obiter dicta*, incluso de los tribunales máximos, tienen una simple fuerza persuasiva”⁴²³, pedagógica o meramente explicación u “*opinión adicional o incidental*”.

⁴²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836. Expediente D-3374. (9, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil [en línea]. Bogotá, D.C.:2001 [consultada el 1 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

⁴²² *Ibidem*.

⁴²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

Los jueces no tienen como función legal o constitucional de formular por principio autónomamente reglas generales, sino resolver casos concretos, causa de la "*virtud pasiva*"⁴²⁴ de la jurisdicción, ante el decaimiento de la tarea oficiosa de poner en actividad la estructura judicial, porque, aún en materia penal, por regla general, debe mediar petición de parte, no por voluntad propia, y su intervención está destinada a resolver los casos planteados y no; todo ello, como parte del diseño democrático. Por ello, con acierto enseña la Corte Constitucional colombiana, a propósito de la virtud en comento: "(...) *Esta cualidad pasiva de la jurisdicción es esencial para preservar el principio democrático y la separación de poderes. Así, inevitablemente los jueces, al decidir casos, crean en ocasiones derecho, puesto que precisan el alcance de las reglas jurídicas existentes, o llenan vacíos y resuelven contradicciones del ordenamiento (...)*"⁴²⁵.

Empero, frente al prudente o restrictivo criterio creador de derecho que, formalmente, adopta el tribunal constitucional colombiano, la jurisprudencia, sin reticencias, se debe afirmar, sí tiene función creadora en el derecho, pero como consecuencia, por rebote, por incidente o resultado de los casos concretos que son agitados ante la jurisdicción por parte de la ciudadanía o por el Estado mismo.

No es toda la sentencia la generatriz de subreglas abstractas ni tampoco los hechos que fincan la decisión, no es la *decisum*, a pesar de que todas esas partes formen un todo y se hallen interconectadas, sino, exclusivamente, la *ratio decidendi* es fuente de derecho. La *ratio decidendi*, también conocida como parte motiva o *ruling* para los ingleses, o *holding* para los norteamericanos, es el núcleo central de la sentencia que el juez argumenta o señala como razonamiento esencial, entre los varios que expone, y que, por tanto, se convierte en subregla de derecho y punto nodal de la decisión, tesis sin la cual el asunto debería ser decidido de otra manera.

Las *obiter dictum* de esa sentencia, bien pueden constituir precedente persuasivo. Se han entendido, como las razones de paso, los argumentos amplificadores, accesorios, decorativos de la decisión o los que explican y clarifican o complementan la razón nodal, o aportan algunas ideas, de manera que pueden contraerse a la parte retórica, por cuanto son de paso y no tienen carácter ni imperativo ni causalidad directa con la decisión. Sin embargo, adquieren importancia para casos posteriores o similares por la jerarquía racional o funcional del juez que los dicta, como cuando uno de mayor jerarquía acoge esa tesis, la solidifica y resuelve con su apoyo un nuevo caso.

⁴²⁴ Concepto que también entiende la Corte Constitucional colombiana en el sentido de que "(...) *no corresponde a esta Corporación pronunciarse sobre normas derogadas, que no produzcan efectos; igualmente, tal es la base del recurso a formas de cosa juzgada relativa y de la naturaleza excepcional que esta Corporación ha conferido a la unidad normativa, ya que ambas figuras encuentran sustento en la idea de que "no corresponde a esta Corporación efectuar una revisión oficiosa de las leyes ordinarias, sino un control de aquellas normas que han sido expresamente demandadas por un ciudadano"* (Sentencia SU-047 de 29 de enero de 1999, exp. T-180.650; Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

⁴²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

Por consiguiente, no toda argumentación contenida en una sentencia judicial constituye precedente con efecto legal vinculante. De este criterio, es el pensamiento expuesto en el siguiente Salvamento de Voto a una sentencia de casación de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, a propósito de un conflicto contractual sobre la procedibilidad de aplicar la lesión enorme en la dación en pago:

“(…) No obstante, es importante detener aquí un momento el análisis, con el fin de hacer una coda para descartar que cualquier argumento de una sentencia pueda ser tomado como precedente, pues la prohibición de proveer por vía general implica que sólo constituyen precedente, los argumentos que directamente se vinculan con la decisión de los casos sometidos a consideración de los órganos fuente de jurisprudencia, de donde viene que cualquier otro contenido, aunque pueda estar tenuemente vinculado con las motivaciones que impulsaron a la decisión final, no puede ser tomado como verdadera doctrina oficial de la Corte”⁴²⁶.

Asimismo, ese salvamento expone, los errores en la subsunción de subreglas del precedente, no ajustables a la sentencia disentida: *“En ese contexto, mal puede entenderse que allí la Corte abdicó de su inequívoca posición anterior, si es que el fracaso de la acusación vino de cuestiones de pura técnica. Por el contrario, lo usual es que la jurisprudencia sea recogida de manera consciente, y que el punto inaugural de la nueva tendencia no sea fruto de un mero accidente argumental de algo dicho al pasar a manera de digresión posiblemente innecesaria”*⁴²⁷.

Igualmente, expone la dificultad en la identificación de la *ratio decidendi*, de manera que, no todas las sentencias contienen subreglas y, del mismo modo, tampoco la totalidad de sus consideraciones las constituyen:

“La anterior retrospectiva de la jurisprudencia muestra a las claras que la tendencia más sólida apunta a permitir la lesión enorme en la dación en pago, y que no todo cuanto se diga en una sentencia puede ser tomado como precedente, pues en la arquitectura de un fallo hay elementos que, aunque necesarios para enmarcar la actividad heurística, no operan como regla que gobierna el caso. Así mismo, hay componentes que sólo contribuyen para exponer los argumentos pero que no son la razón fundamental que impulsa la decisión y que por lo mismo tampoco pueden ser tomadas como precedente para futuras decisiones (...)”⁴²⁸.

En Estados Unidos, la *ratio decidendi* equivale al *holding*. A propósito de la expresión *holding*, Legarre y Rivera exponen que se refiere *“(…) a aquello que sí tiene esa fuerza o valor los ingleses hablan de la ratio decidendi del caso; los estadounidenses, del holding. Tanto ingleses como norteamericanos contraponen*

⁴²⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia SC, radicación 11001 31 03 037 1998 0058 01. (06, julio, 2007). M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; salvamento de voto de los magistrados Manuel Isidro Ardila Velásquez y Edgardo Villamil Portilla.

⁴²⁷ Ibídem.

⁴²⁸ Ibídem.

los respectivos conceptos con el *obiter dictum* del caso, que carece de la mentada fuerza vinculante. Valga esto a modo de introducción a un tema complicado⁴²⁹.

En el Sistema Americano, *holding*, es la parte vinculante o *bound* de la decisión; cualquier otra consideración en la decisión, vista como innecesaria para el resultado de la decisión no es vinculante⁴³⁰. En otras palabras, un *holding* es aquel segmento de una opinión judicial que es ineludible para el resultado⁴³¹.

En los Estados Unidos, la controversia sobre las diferencias entre *holding* y *obiter dicta* es altamente debatida. Los *holdings* rara vez se presentan en afirmaciones limpias o delimitadas, todo lo contrario, para determinar cuál es el *holding* de un caso, el lector debe analizar los hechos, cuestiones, fundamentos y resultado de ese caso⁴³², no siempre claros, y en ocasiones tienden a confundirse con los *obiter dicta*. En contraste con la difícil tarea de determinar el *holding* de un caso, a menudo es fácil encontrarlo en una opinión que, a primera vista, sustenta una posición particular, inclusive cuando el caso no se decide con base, solamente, en esa postura. Esta dependencia de palabras, frases y citas aumentan la probabilidad de que los *dictum* se confundan con el verdadero *holding*. Las cortes y tribunales estadounidenses solo pueden crear un *binding law* o ley vinculante cuando efectivamente tienen el poder de hacerlo⁴³³. Sin embargo, la definición imprecisa de *holding* y a su vez del *dictum*, lleva a serios problemas en la delimitación del principio vinculante que se ha de adoptar como precedente⁴³⁴.

Finalmente, el *decisum* es la resolución concreta del caso, que ejecutoriada se mutará en cosa juzgada, absolviendo, condenando, negando o reconociendo un derecho subjetivo, retirando o no una disposición o un acto administrativo del mundo jurídico; es la parte resolutive o conclusiva que no tiene alcance de antecedente porque simplemente es la decisión concreta, interpartes que vincula a quienes intervinieron en el juicio.

⁴²⁹ LEGARRE, SANTIAGO Y RIVERA, Julio César. *Naturaleza Y Dimensiones Del "Stare Decisis"*. En: *Revista Chilena De Derecho*. [En Línea]. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006, Vol. 33. N°1, P. 109-124. *Version On-Line* Issn 0718-3437. Disponible En : [Http://Dx.Doi.Org/10.4067/S0718-34372006000100007](http://Dx.Doi.Org/10.4067/S0718-34372006000100007)

⁴³⁰ WALKER, John Jr. *The Role of Precedent in the United States: How Do Precedents Lose Their Binding Effect?* [El rol del Precedente en los Estados Unidos: ¿Cómo pierden su efecto vinculante los precedentes?]. En: *Stanford Law School China Guiding Cases Project*, Febrero 2016. [Citado 13 marzo 2019]. Disponible en internet: <http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/15-John-Walker>.

⁴³¹ GREENAWALT, Kent. *Reflections on Holding and Dictum [Restricciones del Holding y Dicta]* En: *Journal of Legal Education*. Septiembre, 1989. Vol. 39, n° 3, pp. 431-442.

⁴³² STINSON, Judith M. *Why Dicta Becomes Holding and Why it Matters [¿Por qué el Dicta se convierte en Holding y por qué importa?]*. En: *Brooklyn Law Review*, Vol. 76, n° 5, 2010. pp. 1-50.

⁴³³ Para profundizar léase SCHANCK, Peter. *Taking Up Barkan's Challenge* [Asumiendo el reto de Barkan] En: *Looking at the Judicial Process and Legal Research*, 1990. Vol. 82. pp. 1-5; DORF, Michael. *Dicta and Article III* [Dicta y el Artículo tercero]. En: *University of Pensilvania Law Review*. 1997. Vol. 142, p. 2000; COALE, David y COUTURE Wendy. *Loud Rules* [Reglas Ruidosas]. En: *Pepperdine Law Review*. 2007. Vol. 34, p. 715-716.

⁴³⁴ DORF, Michael. *Dicta and Article III* [Dicta y el Artículo tercero]. En: *University of Pensilvania Law Review*. 1997. Vol. 142, p. 2000.

El análisis de los elementos de la decisión le permitirá al juez establecer qué, realmente, puede ser utilizado como referente doctrinal o subregla para los casos futuros.

La parte resolutive de la sentencia es la que sin distinguos hace tránsito a cosa juzgada explícita y únicamente el recurso extraordinario de revisión podría modificarla, cuando se trata de sentencias interpartes o *intercommunis*, porque la resolutive de constitucionalidad o de nulidad de actos administrativos de carácter general conservan su obligatoriedad para todas las personas mientras el ordenamiento que les sirve de marco se halle vigente, y por regla general, escapan a juicios rescindentes. Por supuesto, que muchos jueces, pueden autoproclamarse todopoderosos pisoteando el respeto por la cosa juzgada y pueden estar tentados a desvertebrar sentencias anteriores, invalidándolas como tales del ordenamiento bajo el uso, de aparentes recursos de nulidad, desquiciándoles su vigor, muchas veces por razones políticas a fin de abolir el poder y la fuerza teórica que puedan generar para casos futuros.

Ahora es la parte motiva la constitutiva de *ratio decidendi*, la que adquiere la condición de cosa juzgada implícita, pero en cuanto contiene reglas de contenido normativo, puede ser objeto de cambio, modificación o alteración hacia el futuro, no obstante, la conexión causal con lo *decisum*.

5.4 EL CONCEPTO DE PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La Corte Constitucional colombiana en reiterados pronunciamientos ha definido el precedente, por ejemplo, en la providencia T-245 del 2014, se pronunció en los términos siguientes: *“El precedente es el conjunto de sentencias anteriores al caso estudiado por el juez, que debido a su pertinencia para resolver el problema jurídico planteado deben ser tenidas en cuenta por el juez o la autoridad a quien le compete”*⁴³⁵; y en el mismo fallo, aludiendo a cuándo resulta necesaria su aplicación para la solución de un caso constitucional, expone: *“(...) cuando: (i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”*⁴³⁶, señalando a continuación una regla para su pertinencia *“(...) el precedente utilizado debe guardar similitud entre los hechos, el problema jurídico planteado y en la normatividad utilizada para resolver los casos (...)”*⁴³⁷.

No hay duda de que, por la supremacía constitucional, las razones contenidas en las motivaciones o en la *ratio decidendi* de los fallos de constitucionalidad, en cuanto

⁴³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-245. Expediente T-4.128.903. (11, abril, 2014). M.P. Mauricio González Cuervo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2014 [consultada 14 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-245-14.htm>

⁴³⁶ *Ibídem*.

⁴³⁷ *Ibídem*.

guarden relación directa con la parte resolutive, tienen fuerza obligatoria en el Estado Constitucional y son de observancia para todas las personas. Pero las motivaciones relacionadas como *obiter dicta*, apenas reportan un criterio auxiliar, por ejemplo, siguiendo lo previsto en el art. 230 de la Constitución colombiana de 1991⁴³⁸. Justamente, este pensamiento fue el motivo por el cual la Corte Constitucional declaró inexecutable el segmento segundo del inciso primero del art. 48 de la Ley 270 de 1996, correspondiente a las expresiones “Sólo” y “el Congreso de la República”, en lo tocante con la función interpretativa, señalando:

“(…) En ese orden de ideas, resulta abiertamente inconstitucional el pretender, como lo hace la norma que se estudia, que sólo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad. Ello es válido, y así lo define el artículo 150-1 de la Carta, únicamente en lo que se relaciona con la ley, pero no en lo que atañe al texto constitucional. Por lo demás, no sobra agregar que la expresión “Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general”, contradice, en este caso, lo dispuesto en el artículo 158 superior, pues se trata de un asunto que no se relaciona con el tema de la presente ley estatutaria, es decir, con la administración de justicia (…)”⁴³⁹.

Enseguida, pasó a precisar “*Las razones expuestas llevarán a la Corte a declarar la inexecutable de las expresiones “Sólo” y “el Congreso de la República”, bajo el entendido de que, como se ha expuesto, la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio general*”⁴⁴⁰.

Otra cosa acontece con los asuntos objeto de tutela, porque tienen efectos *interpartes*, sin embargo, cuando trasciende al campo de los derechos fundamentales por su universalidad, han de observarse como pauta unificadora y orientadora en la interpretación constitucional de los nuevos litigios que discutan la prerrogativas constitucionales, pero, en el evento de que existan antecedentes sobre ese particular, debe el juez del segundo caso, justificar en forma suficiente y adecuada la inaplicación de la pauta dada porque, de lo contrario, se afrenta el derecho a la igualdad.

Si nos encontramos con dos jueces, el primero es quien expone la *ratio decidendi*, que podrá ser replicada por el segundo que posea un asunto análogo, quien tiene la alternativa de resolver en forma semejante o en forma diferente, y dependiendo de las circunstancias determinará sus alcances. En lo tocante a este punto el Tribunal Constitucional, adujo: “(…) *Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un*

⁴³⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Expediente: P.E.-008. (5, febrero, 1996). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa [en línea]. Bogotá, D.C.: 1996 [consultada 15 agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

*precedente puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores (...)*⁴⁴¹.

5.5 FINALIDAD DEL PRECEDENTE

Ante las fuertes controversias por la inserción del precedente en el derecho nacional y, en general, en la tradición del *civil law*, se ha cuestionado la importancia de la aplicación de esta figura en el derecho actual. No obstante, pese a dichas críticas, gracias a su cada vez mayor grado de incidencia, dada la celeridad como deben resolverse las controversias judiciales para el eficaz desenvolvimiento de las relaciones sociales, no hay duda de que el precedente permite solidificar el Estado Constitucional de Derecho, posibilitando la protección de los derechos de los ciudadanos.

En la epistemología jurídica, el precedente ha permitido construir la historia del derecho, ha jugado un papel decisivo para la formulación de las doctrinas jurídicas, para su crecimiento y perfeccionamiento, por ello, la jurisprudencia ha sido reconocida como fuente formal viva del derecho. A manera de ejemplo, si acudimos a la fase romana del derecho antiguo, su análisis no desmentirá este aserto.

Así, por ejemplo, desde un análisis meramente positivista del derecho, el precedente es apenas una técnica de argumentación por parte de los jueces, para dentro del arsenal de sentencias, seleccionar, evaluar, identificar y ponderar cuál de todas ellas, razonablemente, permite resolver una controversia judicial, tomando esa solución del pasado para aplicarla al nuevo asunto, traspasando los argumentos de la decisión escogida al caso posterior como punto fundado de referencia. Sin embargo, más allá de ese carácter instrumental, su trascendencia se halla en su transformación como medio para apalancar con eficacia los derechos fundamentales en el Estado Constitucional y Social de Derecho, tales como el derecho a la igualdad, así se trate de un precedente persuasivo.

Como medio o herramienta de ejercicio judicial, erige una posibilidad técnica de argumentar, evaluar y analizar una decisión judicial previa que influye en la construcción de una posterior y el efecto que pueda tener para los jueces que juzgan los casos ulteriores. Obliga a descubrir, hilvanar y decantar una determinada línea jurisprudencial, de modo que la decisión primera aporte razones y motivos válidos o trascendentes para resolver los casos posteriores.

5.6 CLASES DE PRECEDENTES

Son variadas las formas de distinguir los precedentes, porque no existe una disciplina elaborada sobre la técnica o la metodología a utilizar, empero, se intenta a continuación presentar la siguiente clasificación, formulando algunos criterios.

⁴⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Expediente: P.E.-008. (5, febrero, 1996). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa [en línea]. Bogotá, D.C.: 1996. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

5.6.1 Según la obligatoriedad que pueda tener en relación con casos posteriores

Aquí se mira la autoridad o la obligatoriedad que pueda ejercer el precedente para los casos subsiguientes, diferenciando entre vinculante o persuasivo.

5.6.1.1 Precedente vinculante o *binding*

También conocido en el derecho angloamericano como *binding*, y cuyo surgimiento puede ubicarse en el Siglo XIX, inspirado en Inglaterra en la doctrina del *stare decisis*, consiste en una decisión judicial que se torna obligatoria para los casos posteriores o análogos, de modo que el segundo juez debe atenerse y obedecer el precedente dada la fuerza y eficacia de que está revestido como fuente de derecho.

Es, por regla general, el tipo de precedente que tiene aplicación en el *common law*, por ello, en esta doctrina se habla de *stare decisis*, es decir, estar a lo decidido, porque el juez está vinculado perentoria y causalmente a una decisión del pasado. Se edifica en verdadera regla jurídica que se proyecta hacia el futuro para la solución de nuevos casos, forjando el derecho a la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima, la coherencia jurídica y la razonabilidad en el sistema. Es vinculante en cuanto es obligación del segundo juez atender la decisión anterior.

El precedente vinculante como lo expresa Joseph Raz⁴⁴², impone razones excluyentes y definitivas. Las primeras en cuanto todas las otras son excluidas, y las segundas, por ser concluyentes para determinar la conducta final. Por regla general la jurisprudencia apenas tiene carácter referencial, pero bajo la modalidad de precedente vinculante, se torna obligatoria, caso en el cual, sentencias emitidas ulteriormente por un tribunal han de resolverse en forma idéntica o análoga a los casos similares anteriormente resueltos y, por tanto, obligan a la comunidad jurídica para observar los criterios impartidos.

Es necesario señalar que, cuando los tribunales inferiores no observan los precedentes vinculantes u optan por dejarlos de lado, sin motivación suficiente y fuerte, atentan contra la igualdad en la aplicación de la ley y la predictibilidad de los fallos judiciales.

En el derecho inglés, aumenta la flexibilización de las reglas del precedente judicial. En 1966 con la expedición por parte de la Cámara de los Lores de la Declaración de Práctica (*Practice Statement of 1966*), se pauta que la Cámara de los Lores no está sometida a los precedentes judiciales por cuanto el parlamento es soberano,

⁴⁴² Filósofo de tendencia neopositivista, según el cual, el concepto de derecho no debe ocuparse de valores morales, ni de elementos extrasistémicos, porque las normas jurídicas constituyen razones para la acción, por cuanto permiten establecer la conformidad de la conducta con la norma, formulación que puede ser guía de conducta o, razones de exclusión, para no actuar de determinada manera. Nació en Israel, estudió en la Universidad de Jerusalén y luego en Oxford. Es autor de obras como *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal, System*. Oxford: Clarendon, 2ª ed., 1980; *Practical Reason and Norms*, Princeton University Press, 2ª ed., 1990; *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon, 1979.

como emanación del principio de “Soberanía Parlamentaria”, por virtud del cual, la ley puede modificar, eliminar o cambiar un precedente judicial. Siguiendo a Cross y Harris puede afirmarse que:

“Actualmente podemos decir que la doctrina inglesa del precedente hasta cierto punto continúa en un proceso de permanente transformación, sin embargo existen tres características que se mantienen constantes, a saber: 1) Se deben respetar, esto es, seguir y acatar las decisiones dictadas por los tribunales superiores; 2) las decisiones dictadas por los tribunales superiores constituyen un precedente persuasivo para los tribunales que tienen una mayor jerarquía respecto de aquéllos, y 3) una decisión constituye siempre un precedente vinculante para los tribunales de inferior jerarquía respecto de aquel que la dictó”⁴⁴³.

Recordando la jerarquía de los tribunales ingleses⁴⁴⁴, encontramos:

La *Supreme Court* es la última instancia judicial del Reino Unido⁴⁴⁵. Integra las funciones judiciales de los *Law Lords* y del *Privy Council* sobre las jurisdicciones constitucional, civil, penal y mercantil. En un grado inferior, en la jerarquía judicial británica, se encuentran las *Senior Courts* de Inglaterra y Gales y la *Court of Judicature* de Irlanda del Norte. Cada uno de estos tribunales es, a su vez, *Court of Appeal*, *High Court of Justice* y *Crown Court*. Las instancias judiciales superiores de cada Nación se encuentran siempre por debajo de la *Supreme Court*.

En Escocia, bajo el nombre de *Supreme Court* se engloba a la *High Court of Justiciary*, la *Court of Session* y la *Office of the Accountant of Court*. En el ámbito del Derecho Penal, la *High Court of Justiciary*, es el máximo tribunal judicial de Escocia, sin supeditarse a la jurisdicción de la *Supreme Court*.

Del mismo modo, la organización de los Tribunales de los Estados Unidos, sigue más o menos las siguientes líneas: El sistema judicial federal estadounidense tiene tres niveles: los tribunales de distrito, *the district courts*, los tribunales de apelación, *the courts of appeals* y la Corte Suprema de los Estados Unidos, *the U.S. Supreme Court*⁴⁴⁶. Cada Estado también tiene un sistema judicial con sus respectivas instancias, para ciertas jurisdicciones y condiciones; sin embargo, la Corte

⁴⁴³ CROSS Rupert y HARRIS J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Trad. de Angélica Pulido. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 26.

⁴⁴⁴ Inicialmente, las funciones de gobierno se hallaban a cargo de los ministros de la corte; la legislativa en el Parlamento del rey; la jurisdiccional en los jueces por medio de tres instituciones: 1. *Court of King's Bench* para ejercer asuntos administrativos; 2. *Court of Common Pleas*, para definir controversias civiles; y 3. *Court of Exchequer* encargada de resolver cuestiones tributarias, entidades sobre las que se configuró la organización tribunalicia actual, con fundamento en las leyes *Administration of Justice Act de 1970*, *Court Act de 1971*. En materia penal se caracteriza por la utilización del jurado.

⁴⁴⁵ Recuérdese que el Reino Unido está integrado por Inglaterra (*England*), cuya capital es Londres; Escocia (*Scotland*) su capital es Edimburgo; Gales (*Wales*), con capital en Cardiff; e Irlanda del Norte (Northern Ireland), cuya capital es Belfast.

⁴⁴⁶ WALKER, John Jr. *The Role of Precedent in the United States: How Do Precedents Lose Their Binding Effect?* [El rol del Precedente en los Estados Unidos: ¿Cómo pierden su efecto vinculante los precedentes?]. En: *Stanford Law School China Guiding Cases Project*, Febrero 2016. [Citado 13 marzo 2019]. Disponible en <http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/15-John-Walker>.

Suprema⁴⁴⁷ en el ámbito federal, puede revisar las decisiones del Tribunal Corte Superior de cada Estado⁴⁴⁸.

La *Supreme Court of the U.S.*, es la cúspide de la jurisdicción y nace en el art. 3 de la Constitución de los Estados Unidos, como el tribunal más alto, conformada por nueve jueces que actúan colegiadamente, conocen los casos y a discreción oye los recursos de alzada presentados ante los Tribunales Federales de apelación y Estatales más altos y sus precedentes son obligatorios a nivel inferior.

Lo anterior muestra la forma cómo puede verse la disciplina y la dinámica estructural del precedente, en los países más representativos del *Common Law*, desde la perspectiva de la jerarquía de las instituciones judiciales. Particularmente en Estados Unidos, cada tribunal de distrito o *District Court*, sigue los precedentes dictados por la Corte Suprema y por el Tribunal de Apelaciones o *Courts of Appeals* en el circuito que abarca el tribunal de distrito. Cada corte de apelaciones sigue sus propios precedentes y los dictados por la Corte Suprema, aunque no es necesario que se adhieran a las decisiones de los tribunales de apelación en otros circuitos⁴⁴⁹.

Adelante se profundizará la vigorosa y progresiva inserción del precedente en nuestro país. No obstante, desde ya ha de señalarse que el efecto vinculante se halla principalmente en las sentencias de constitucionalidad que juzgan la exequibilidad de un precepto por parte de la Corte Constitucional, así como en las sentencias dictadas en los procesos de simple nulidad de la jurisdicción contenciosa administrativa. Sobre el particular, ha precisado la Corte Constitucional:

“(…) [A]specto en común entre estas dos situaciones se refiere al hecho de que lo resuelto en torno a la validez de la norma acusada tiene carácter imperativo para todos los operadores jurídicos y la ciudadanía en general, sin ninguna clase de excepciones. La obligatoriedad de lo consignado en la parte resolutive es en estos casos absoluta, situación diferente a la que se presenta con el contenido de la parte motiva, cuya *ratio decidendi* constituye precedente obligatorio en los términos explicados en el punto anterior de esta sentencia, que en consecuencia podría ser inaplicado siempre que exista una suficiente justificación para ello”⁴⁵⁰.

5.6.1.2 Precedente persuasivo o referencial

Es el que se convierte en criterio suasorio o persuasivo y se proyecta hacia el futuro o en relación con los casos posteriores como una auténtica guía interpretativa, sin que se imponga imperativamente, por consiguiente, es persuasivo en cuanto constituye mero criterio hermenéutico para casos ulteriores.

⁴⁴⁷ Las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos son de obligatorio cumplimiento para todos los tribunales, federales y estatales, cuando tratan asuntos relacionados con la ley federal. BAKER, Brook K. *Teaching Legal Research and Writing* [Enseñando Investigación Legal y Escritura] En: *Perspectives*. Diciembre 2001, Vol. 9, n° 2, p. 50-101.

⁴⁴⁸ Op. cit.

⁴⁴⁹ Op. cit.

⁴⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consultada el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

Cross y Harris para diferenciar los dos tipos de precedente, señalan:

“(…) Si nos ponemos en la posición del juez que debe resolver un determinado caso concreto, nos damos cuenta de que pueden existir muchas clases de precedentes. El juez puede estar obligado simplemente a tener en cuenta la decisión anterior como parte del material en el que puede basar su decisión en el caso presente; o por el contrario, puede estar obligado a resolver el caso de la misma manera en que fue decidido el caso anterior salvo que tenga razones válidas para no hacerlo. O puede incluso estar obligado a resolverlo de la misma manera en que se decidió el caso anterior, a pesar de tener buenas razones para no hacerlo. En esta última hipótesis, se dice que el precedente es «vinculante» u «obligatorio» o que tiene «efecto vinculante», por oposición al efecto simplemente «persuasivo» que un caso puede tener en otras situaciones”⁴⁵¹.

Doctrinalmente, es vinculante, como obligación del segundo juez de atender el precedente y, persuasivo, en cuanto constituya mero criterio interpretativo para futuros casos.

5.6.2 Según los factores de competencia como elementos necesarios para establecerla

Aun cuando para el ejercicio de la jurisdicción, todos los jueces tienen competencia, ésta se halla sectorizada y restringida, de modo que aun cuando todos tienen jurisdicción, no tienen la misma competencia, y por lo tanto, se pueden clasificar según el factor objetivo, por la materia de que conocen y la naturaleza del asunto; según el factor subjetivo, el funcional, el territorial y el de conexidad.

Esta clasificación pretende resolver desde el punto de vista procesal, problemas de congruencia o de simetría decisional; y aplicados a las clases de precedentes, pueden ser de primer grado, de segundo, según los sujetos, etc.

Así, según la jerarquía o el tipo de autoridad judicial que lo profiere, o el rango funcional⁴⁵², si son de primer grado o de segundo o, según la escala superior o inferior del tribunal o juez que lo dicta o construye, puede ser de carácter vertical u horizontal.

5.6.2.1 El precedente vertical

Puede definirse como el conjunto de decisiones proferidas por una corte, tribunal o juez de mayor jerarquía que se convierte en pauta obligatoria o; simple criterio guía no obligatorio, para los jueces de menor jerarquía cuando no es vinculante. Por tanto, cuando el juez de mayor jerarquía expone con carácter vinculante un criterio, consecuentemente debe ser aceptado y seguido por el de inferior categoría, quien

⁴⁵¹ CROSS Rupert y HARRIS J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Trad. de Angélica Pulido. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 23.

⁴⁵² Equivalente al factor funcional en derecho procesal, como uno de los elementos para determinar la competencia.

está imposibilitado para en lugar de efectuar variaciones a la postura desarrollada por el superior. Empero, en el derecho colombiano de conformidad con el artículo 4 de la Ley 169 de 1886 y el artículo 7 de la Ley 1564 de 2012, justificadamente, podrá adoptar un criterio diferente, se insiste, esgrimiendo el razonamiento de profundidad y con superior vigor conceptual, que acredite el distanciamiento.

5.6.2.2 El precedente horizontal

También conocido como autoprecedente o precedente doméstico, puede definirse como el conjunto de decisiones primigenias en un punto de derecho que profiere una misma corte, tribunal o juzgado y que le obligan para casos posteriores en forma vinculante o persuasiva, de ahí que debamos hablar del propio precedente o autoprecedente, y traduzca la obligación de observar armonía en las decisiones de un mismo juez, sujetándose al principio de autocongruencia y de consistencia. El juzgador se vincula con sus propias decisiones, como disciplina de respeto a los derechos de los sujetos procesales. También pueden ser horizontal, cuando proviene del propio juez que falla un caso ulterior, evento en el cual, sin duda, podría admitir cambios u *overruling* por el propio tribunal o juez.

No se trata de la imposición de una autoridad judicial superior o de criterios de autoridad vertical ni mucho menos de la estructura piramidal, sino en la obligación de aquilatar el principio de igualdad mediante el uso de la racionalidad judicial a fin de buscar la justicia material, más allá de la propia pretensión de universalización de los razonamientos del propio juez, de modo que la decisión que adopte con posterioridad no sea arbitraria cuando concurren supuestos de hechos similares.

Sobre estos dos tipos de precedente, enseña la Corte Constitucional colombiana:

“(…) La jurisprudencia ha distinguido entre dos tipos de precedentes, por un lado, está el precedente horizontal el cual consiste en el acatamiento y respeto por parte del juez sobre sus mismas decisiones o sobre la corporación de igual jerarquía funcional; por otra parte, está el precedente vertical, el cual proviene de una corporación o funcionario de superior jerarquía, especialmente cuando el que emite el precedente actúa como órgano límite de la respectiva jurisdicción (…)”.

“(…) La obligatoriedad de acatar el precedente jurisprudencial encuentra sustento en la necesidad de garantizarles a las personas un mínimo de seguridad jurídica y de igualdad en la resolución de casos similares (…)”⁴⁵³.

Si se trata de doctrina probable, pues forja toda una línea jurisprudencial consistente, por lo tanto, mayor obligación incumbe a los jueces o magistrados observarlo. En la Sentencia T-698 de 2004, con una doctrina que en forma constante ha reiterado la Corte Constitucional colombiana, señala:

⁴⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-245. Expediente T-4.128.903. (11, abril, 2014). M.P. Mauricio González Cuervo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2014 [consultada 14 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-245-14.htm>

“(…) En el caso del precedente horizontal, es decir aquel determinado por un mismo cuerpo colegiado o por una misma autoridad judicial de igual jerarquía, se concluye que tanto los jueces, como los magistrados pueden apartarse sabiamente del precedente de otra sala o de un pronunciamiento establecido por sí mismos, siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho había seguido en casos sustancialmente idénticos, quedando resguardadas con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad y como las garantías de independencia judicial exigidas”⁴⁵⁴.

En síntesis, el Tribunal Constitucional estableció dos condiciones para separarse del precedente, las cuales expuso así: *“En conclusión, y de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios entonces, dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad (...)”*⁴⁵⁵.

5.6.3 Según la especialidad o competencia funcional o en razón de la materia de que conocen los jueces

Se trata de un criterio de clasificación, observando y analizando la materia sobre la cual se dicta un precedente, según sea constitucional, civil, comercial, laboral, penal, de familia, etc.

En estas hipótesis tendrá prevalencia la especialidad y se estará a ese carácter propio y singular, de tal modo que puede tener mayor valor el precedente que en materia de familia dicta un juez de familia, que del asunto de familia dictado por el juez laboral, como un medio de respeto de la competencia del juez natural. Circunstancias diferentes acaecen cuando uno u otro actúa como superior jerárquico por disposición legal.

5.6.4 Según la aceptación por un determinado número de jueces

Es la forma de estudiar los precedentes que atiende la fuerza de la autoridad que despliegan cuando provienen de jueces colegiados, atendiendo los votos que acompañan la *ratio decidendi*. Por supuesto, siempre los sistemas en los casos de los jueces colegiados fijan un quórum determinado para obtener la aprobación de un proyecto, sin embargo, ese elemento indirectamente determina el vigor del antecedente para casos ulteriores.

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

⁴⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-698. Expediente T-869246. (22, julio, 2004). M.P. Rodrigo Uprimny Yepes [en línea]. Bogotá, D.C.: 2004 [consultada el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-698-04.htm>. Esta decisión, por ejemplo, es reiterada por la sentencia C-335 de 2008, y se integra en su *ratio decidendi*.

Bajo este criterio, los precedentes con regla mayoritaria, corresponderán a antecedentes judiciales aceptados, genéricamente, por la mayoría de jueces o tribunales y con pocas divergencias, los cuales son admitidos unánimemente por los colegiados o la disidencia es paupérrima o mínima. Ha de entenderse, que los jueces inferiores deben irremediablemente aplicarlos cuando concurren las circunstancias que conciten su gobierno.

Por su parte, los de regla minoritaria, hacen referencia a aquéllos precedentes contradictorios, divergentes o polémicos que simplemente son aceptados por el mínimo exigido para ser aprobados, de tal manera que, siendo de naturaleza vinculante o imperativa, deben ser obedecidos, pero estarán sujetos a una volatilidad en el propio juzgador que los dicta, porque alguno de los integrantes del mínimo exigido por alguna coyuntura, enfermedad, sanción, muerte, cumplimiento del período, retiro del cargo, etc., podrá impactar fácilmente el quórum decisorio ante un caso análogo, del mismo modo, cuando adopte una postura diferente, evento en el cual, dará lugar a una reformulación del propio precedente.

5.6.5 Según si se profieren por un juez colegiado o singular

Cuando el juez que lo profiere no es colegiado, sino el juez único o singular queda sujeto muchas veces a la voluntad o volubilidad de un juez único de mayor categoría o de uno colegiado de regla minoritaria o mayoritaria pero de mayor jerarquía.

5.6.6 Según los efectos de la naturaleza de la decisión

Este criterio obedece al tipo o clase de sentencia que profiere el juez o corte que construye el antecedente, y, por lo tanto, mira los diferentes tipos de sentencias o de cosa juzgada que las mismas contienen. Algunos de estos casos son los siguientes: constitucionales de control de constitucionalidad con efectos *erga omnes*; de revisión eventual de tutela, con efectos *erga omnes*; *inter pares* o *intercomunis*; *inter partes*, etc.

5.6.6.1 Erga omnes, negativos de inexecutableidad

Son aquellos dictados por los jueces encargados de la guarda de la integridad constitucional, en juicios de inconstitucionalidad de leyes dictadas por los parlamentos, o de actos administrativos dictados por el poder ejecutivo o de otra clase de autoridad, cuando la disposición tiene alcance general, obligatorio y soberano. La decisión que se dicte, reviste carácter *erga omnes* y si decreta la inexecutableidad de la ley, o del acto administrativo, para expelerlo del ordenamiento jurídico interno, se puede imponer como obligación a toda autoridad de observar y cumplir la decisión, de modo que el ejecutivo no podrá reproducir lo juzgado por actos administrativos o leyes especiales, ni sancionar las congresales. Los particulares tampoco podrán observarlas o los parlamentos, no podrán reiterar o reproducir una disposición declarada inexecutable.

Un ejemplo, de ello lo encontramos en el art. 243 de la Constitución colombiana de 1991, cuando otorga efectos *erga omnes* a las sentencias de inexecutableidad,

porque los fallos que emite el pleno de la Corte Constitucional y concretamente su *decisum*, en ejercicio del control constitucional en sede jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional con carácter obligatorio e imperativo, y por ello, el gobierno ni el congreso pueden reproducir el contenido material jurídico del acto declarado inexecutable, en el fondo o la sustantividad tal como lo ha expuesto históricamente la jurisprudencia constitucional patria.

Por supuesto, el efecto debe predicarse mientras en la Carta constitucional respectiva y vigente, subsistan las normas superiores que permitieron confrontar y juzgar la disposición legal que fue objeto de juzgamiento y que permitió dictar el fallo de la disposición o tema, objeto de sentencia de inconstitucionalidad⁴⁵⁶. En efecto, señala el art. 243 de la Constitución Nacional de 1991: *“Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. (...) Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución (...)”*⁴⁵⁷.

Este es un principio básico que se desprende de la supremacía constitucional, pero únicamente mientras las normas constitucionales que sirvieron de parámetro de comparación para el juzgamiento se hallen vigentes a fin de impedir que una corte constitucional o el juez de la Carta no se convierta en un dictador o en pequeña asamblea constitucional o constituyente permanente y autoritaria y que, de algún modo, pretenda ubicarse por encima de la norma superior.

Por supuesto que el principio de supremacía constitucional, implica para los efectos del respectivo fallo y de la construcción del precedente, tener en cuenta los fenómenos de tránsito constitucional, cuando se juzga una disposición legal o un acto administrativo expedido bajo el imperio del orden constitucional precedente, por ejemplo, en el caso colombiano, bajo la órbita de la Constitución de 1886, en otras palabras, ¿hallándonos bajo un nuevo orden constitucional previsto en la Constitución de 1991, la Constitución de 1886 sirve de parámetro de análisis y contrastación de la constitucionalidad del acto acusado? La cuestión no es de poca monta, por cuanto el fondo de cualquier ley vigente puede ser demandado en nuestro ordenamiento en cualquier tiempo, de tal modo que pueden acusarse disposiciones actuales, del siglo XX, del siglo XIX, o aún de épocas anteriores.

Cuando se trata de una norma anterior a 1991 y su examen debe realizarse por vicios de forma, este sería el único evento, en el cual el componente de

⁴⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531. Expediente: D-4392. (3, Julio, 2003). M. P. Jaime Araujo Rentería. De la misma corporación también la providencias: Sentencia C-039. Enero 27 del 2009. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente: D-7422. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 1030. Noviembre 27 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Expediente: D-4068. Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 926. Noviembre 8 del 2006. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente: D-6279.

⁴⁵⁷ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA de 1991. Gaceta Constitucional, n° 114 de 7 de julio de 1991.

contrastación constitucional será la Constitución de 1886, por excepción; pero, en los demás casos, será la disposición constitucional vigente al tiempo de juzgamiento, por ejemplo, cuando se juzga hoy el matrimonio de las parejas del mismo sexo en un precepto del siglo XIX, previsto en el Código Civil, con regla aún vigente que lo restringe a personas de diferente sexo.

5.6.6.2 *Erga omnes*, positivos de exequibilidad

Son los correspondientes a las decisiones de constitucionalidad que declaran exequibles los jueces constitucionales, los cuales no podrán sustraerse de su cumplimiento, a pesar de haber sido demandados son declaradas ajustadas a la Constitución Política; claro, esto no obsta, para que el órgano legislativo correspondiente expida nuevas leyes. En general, se trata de decisiones que tienen efecto vinculante y obligatorio para todas las personas hayan o no intervenido en un juicio y, por tanto, con efectos de cosa juzgada. Hay algunos fallos con efectos *erga omnes* específicos, como los juicios de pertenencia, por la naturaleza del derecho de dominio. Todos estos fallos de constitucionalidad, constituyen un ejercicio de control abstracto de constitucionalidad.

5.6.6.3 Efectos inter partes

Con independencia de la corporación judicial que profiera la decisión, esta clase de efectos, son la regla general, porque vinculan exclusivamente a las personas partes del proceso judicial a las consecuencias jurídicas de la providencia, siendo las sentencias en su mayoría de carácter particular y concreto, con ciertas excepciones, tales como, las de los Tribunales Constitucionales, con relación a juicios de exequibilidad o de nulidad de leyes y actos administrativos respectivamente.

En síntesis, sentencia *inter partes*, significa que únicamente tiene efectos ante los sujetos procesales que intervinieron en el asunto o proceso o sus causahabientes o terceros relativos.

5.6.6.4 Efectos *inter comunis*

Son decisiones cuyos efectos se extienden a personas que no han intervenido en la controversia, pero que comparten las circunstancias fácticas y jurídicas semejantes a las del grupo demandante, que como tales, igualmente han sido afectados por los hechos configurantes de la *causa petendi*; asimismo, sirven como mecanismo para aplicar los derechos a la igualdad, la economía del proceso, y eliminar la agresión a los derechos fundamentales del grupo o “*comunidad*”, y sirven como medio de tutela efectiva.

Estos efectos tienen fuente legal concreta en el Derecho Colombiano en la Ley 472 de 1998 por la cual regula el objeto y procedimiento de las acciones populares y de grupo, pero, la Corte Constitucional los ha extendido o aplicado en las sentencias de tutela, asimilándolos a los efectos *inter pares*.

Los efectos *inter comunis* la Corte Constitucional Colombiana, los define mediante la Sentencia T-025 de 2015, de la siguiente manera:

“(…) [E]fectos de un fallo de tutela que de manera excepcional se extienden a situaciones concretas de personas que, aun cuando no promovieron el amparo constitucional, se encuentran igualmente afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó, producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales”⁴⁵⁸.

En el caso, de las acciones populares y de grupo reguladas por la Ley 472 de 1998, las consecuencias beneficiosas en los fallos favorables a los accionantes, son extensivas a las partes y el *público en general* respecto de las acciones populares, conforme a lo dispuesto en el artículo 35 del mismo texto, incluso, respecto de todos los integrantes de la comunidad protegida, que no se hicieron parte procesal en el litigio.

Los fines del efecto son, la obligación de garantizar las prerrogativas en la Carta Política y el amparo de los derechos de los no accionantes que se hallen en iguales condiciones a la de los actores que impetraron la acción; del mismo modo, está directamente correlacionado con el derecho a la igualdad, para no desconocer la existencia de una situación fáctica homóloga, compartida por todas las personas de una comunidad en situación de vulnerabilidad. La Corte Constitucional expone, en la Sentencia T-203 de 2002, en los siguientes términos, los propósitos de sus efectos en la tutela:

“(…) i) para evitar que la protección del derecho de uno o algunos de los miembros del grupo afectara los derechos de otros; ii) para asegurar el goce efectivo de los derechos de todos los miembros de una misma comunidad; iii) para responder al contexto dentro del cual se inscribe cada proceso; y iv) para garantizar el derecho a acceder a la justicia que comprende la tutela judicial efectiva”⁴⁵⁹.

5.6.6.5 Efectos *Inter pares*

En efecto, esta noción, no se ha elaborado de manera diferencial a los efectos *intercomunis* e, inclusive, son asimilables en la mayoría de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se citan a la par, y en parte de la doctrina se omite definirlos. Empero, en la Sentencia SU-037 de 2019, la corporación realizó una escueta diferencia entre estos dos efectos, que consiste en la extensión de las consecuencias jurídicas a los sujetos que comparten condiciones fácticas similares, sin embargo, no es óbice pertenecer a un grupo poblacional o comunidad, con

⁴⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025. Expediente T-4.505.009. (23, enero, 2015). M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2015 [consultada el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-025-15.htm>

⁴⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-203. Expediente T-371427 y Acumulados. (19, marzo, 2002). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa [en línea]. Bogotá, D.C.: 2002 [consultada el 5 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-203-02.htm>

características homólogas o uniformes. En este sentido, la Corporación expuso siguiente:

“[L]os efectos *inter pares* son un dispositivo amplificador de la decisión al que esta Corporación acude cuando frente a un problema jurídico determinado considera que existe una única respuesta válida de conformidad con los mandatos constitucionales, la cual debe aplicarse en todos los casos similares sin excepción alguna. En este sentido, debe llamarse la atención de que la regla jurisprudencial fijada para solucionar la controversia puede estar fundada en: (i) una excepción de inconstitucionalidad [134], o (ii) en una interpretación determinada de un conjunto de normas para un escenario fáctico específico”⁴⁶⁰.

En este sentido, las sentencias *inter pares*, son aquellas cuya parte resolutive u orden impartida con efecto protector cubija a un grupo de personas más o menos numeroso, a pesar de que no han intervenido en el juicio como demandantes, por encontrarse en la misma situación fáctica o jurídica de vulneración por el sujeto o autoridad demandado.

En conclusión, los fallos con efectos *inter pares* son aquellos en los cuales la autoridad judicial que resuelve un problema jurídico concreto, dispone amplificar la decisión para extenderla a casos similares, sin excepción alguna, cobijándolos con sus consecuencias, así no hayan intervenido en juicio cuando el juez ordena inaplicar la norma. Esta última hipótesis aparece plasmada en el auto 071 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda con relación al art. 1 del Decreto 1382 de 2000.

5.6.7 Según los Efectos temporales

Un precedente puede ser de aplicación temporal o permanente, inmediata o diferida. De aplicación temporal, cuando se expide con el fin de ser aplicado por una o varias ocasiones dentro de un marco temporal definido. Definitiva o permanente, cuando se expide con el fin de ser aplicado en forma indefinida mientras permanezcan vigentes los supuestos de hecho que lo posibilitan. Inmediata, cuando la vigencia del mismo es automática o inmediatamente con efecto devolutivo y adquiriendo firmeza cuando queda ejecutoriada la sentencia respectiva. Y, finalmente, diferida, cuando se somete a determinada espera o condiciones especiales para su aplicabilidad.

En esta categoría sobresalen los precedentes con efecto retrospectivo o prospectivo. Es un precedente que se aplica exclusivamente hacia el futuro, dejando intactas las situaciones constituidas, debiendo resolverse el asunto juzgado según las reglas hasta ese instante vigentes, de modo que, únicamente, tendrá aplicación a los nuevos casos, sin modificar el derecho aplicable y no con un derecho *ex post*

⁴⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-037. Expediente T-6171737. (31, enero, 2019). M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez [en línea]. Bogotá, D.C.: 2019 [consultada el 1 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU037-19.htm>

facto por exigencia de justicia material para no sorprender, inesperadamente, a los usuarios de un sistema judicial.

Efecto retroactivo significa que el nuevo precedente gobernará el caso juzgado y todos los que hayan acaecido en el pasado, siempre y cuando no afecte derechos adquiridos.

Un aspecto vital en la aplicación de precedentes tiene que ver con la observancia de los criterios de prudencia y racionalidad, de modo que no se altere el principio de seguridad jurídica frente al asunto que en concreto se está fallando. Así, cuando surge una nueva doctrina, se modifica o altera, ello no debe implicar afectación de derechos adquiridos, por ejemplo, en regímenes pensionales, únicamente para que gobierne hacia casos futuros, sin destruir situaciones consolidadas, utilizando criterios análogos *mutatis mutandi*, a los diseñados para la aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio, de manera que, no afecte derechos constituidos con justo título, salvo, en casos donde las situaciones pasadas constituyan afrenta a los derechos fundamentales o al bien público, o cuando hay necesidad de aplicar el principio de favorabilidad en materia de juzgamiento criminal.

5.6.8 Según las áreas jurídicas de conocimiento

Este criterio analiza el precedente desde la división conceptual de cada una de las disciplinas jurídicas, resultando muy útil, hacer estudios según sea la evolución jurisprudencial en lo administrativo, en lo civil, en lo penal, en lo laboral, en lo mercantil, en las instituciones procesales, en lo constitucional, o aun en áreas más especializadas como la responsabilidad médica, la profesional, la subjetiva, la objetiva, mutando el estudio del precedente en una forma de conocimiento especializado.

5.7 REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE

El presupuesto previo para que se pueda hablar de precedente es la existencia de por lo menos dos causas sucesivas en el tiempo, una primera que se erige en antecedente ya decidida, con sentencia ejecutoriada en firme; y otra posterior que demanda jurídicamente la necesidad de solucionar un nuevo problema que por medio de la relación jurídico procesal y una vez instruido el proceso se encuentra en estado para dictar sentencia judicial. En ese sentido, el juzgador actual debe seleccionar en el inmenso arsenal de decisiones proferidas según la materia, la pertinente y conducente para resolver el nuevo litigio. A fin de cumplir su tarea de juzgamiento en el Estado de Derecho se demanda de un instrumento que ilumine y le sirva de faro o fundamento para juzgar asertivamente la nueva situación, por cuanto se trata de un razonamiento por comparaciones.

La existencia de ese precedente se debate entre las fronteras de la analogía y la disanalogía, de manera que a mayor similitud, mayor posibilidad de la existencia de un precedente, y a mayor disanalogía menor riesgo de hallar un precedente o de la eficacia futura del mismo. Empero, para que se pueda seleccionar el correcto, o el

de mayor identidad y se pueda hablar de la existencia e imperio del precedente sobre hechos futuros deben concurrir al menos, las siguientes condiciones:

5.7.1 Requisitos de carácter cuantitativo

Se requiere inicialmente determinar cuántos antecedentes se requieren para efectos de iniciar el análisis. Los sistemas judiciales muy poco exponen sobre el particular, sin embargo, lo han hecho legislativamente al introducir al ordenamiento modalidades de doctrina jurisprudencial. Por ejemplo, en Colombia cuando se habla de doctrina probable se exigen tres decisiones; empero, si se trata de un precedente simple y llanamente, basta la existencia de una sola decisión previa.

5.7.2 Requisitos de carácter cualitativo

1. Existencia de un problema jurídico e identificación del mismo. Hay una dificultad en resolver un asunto; frente al cual, el ordenamiento no brinda una respuesta adecuada inmediata.

2. Vacío o laguna jurídica por diferentes causas: 2.1 Ausencia de una fuente de derecho o de una norma jurídica que ofrezca una respuesta adecuada. 2.2 Existencia de una fuente que oferta una respuesta pero no es la pertinente. 2.3. Existencia de una norma jurídica, pero ésta es muy restringida o muy amplia para resolver el problema. 2.4. Existencia de una antinomia en las fuentes o en las normas jurídicas vigentes. 2.5. Existencia de una fuente o de una norma, pero con un vacío axiológico. En últimas se trata de vacíos insalvables que específicamente no ofertan ni procuran dar solución al problema que debe resolver el juez, o subsidiariamente, la solución vigente es incompleta pero a pesar de su existencia conlleva un problema hermenéutico que hace imposible solucionar el caso, hallándose en la penumbra o en la duda el juez del proceso.

3. Existencia de un antecedente judicial que de un modo u otro haya definido en pasada oportunidad un asunto similar al ahora tratado, por cuanto acudir al precedente significa que el razonamiento judicial acude a comparaciones.

4. Similitud fáctica o de *causa petendi*: Este aspecto es relevante en la aplicación del precedente, y del mismo modo puede predicarse para la doctrina probable, porque la aplicación del precedente puede ser errónea o ficticia, o resultar finalmente totalmente equivocada. Sin hechos no puede existir precedente, de modo que los fundamentos fácticos relevantes del nuevo asunto pendiente de fallo, deben ser semejantes o parecidos a los supuestos de hecho fundamento del caso antecedente, porque de no serlo resulta erróneo, y de contera deviene en la realización de inferencias, deducciones, soluciones que no fueron previstas en el caso anterior, para soportar falsamente el juzgamiento de los nuevos hechos. El segundo juez confronta para establecer la similitud en los dos casos objeto de comparación, sin que equivalga a identidad porque ésta no puede existir plenamente. El nuevo juez, no va a hallar igualdad completa, ni exactitud, sino que debe valorar con un alto grado de discrecionalidad, pero también de ponderación, aplicando la analogía fáctica. Si no es posible, el juez hace un *distinguish*, esto es,

distingue, separa y no aplica el precedente, porque no encuentra un convincente grado de similitud. En esta hipótesis debe continuar oteando e indagando cuál de las decisiones se acerca más al problema jurídico actual, comparando las circunstancias de modo, tiempo y lugar que edifican las pretensiones.

5. Similitud de pretensiones, o de objeto jurídico. El *petitum* permite al intérprete o al juez buscar una correspondencia mayor entre la decisión que puede ser afín y de aplicación posterior, al encontrar semejanza entre el objeto de la contención anterior y el ahora solicitado en la nueva causa, frente a la solución que se adopta. Por ejemplo, que en la causa anterior se haya demandado la simulación y en la actual también, porque si en la anterior se demandó, la resolución del contrato, y ahora la simulación difícilmente puede predicarse la existencia de antecedente fáctico o de subregla jurisprudencial para trasladarla al nuevo juzgamiento de la simulación, el cual no es de resolución contractual.

6. Similitud en la consecuencia jurídica o subregla jurisprudencial. Debe establecer si la consecuencia *“jurídica utilizada o aplicada a los supuestos del caso pasado, se puede o no asimilar al presente”*. Aquí se trata de la subregla definida en el caso anterior, por ejemplo, para la suma posesiones la jurisprudencia colombiana de la Sala de Casación Civil ha inferido que procede cuando se dan estas condiciones. 1. Que haya entrega entre el antiguo y el nuevo poseedor de la cosa poseída. 2. Que haya un negocio jurídico entre tradente y adquirente, y 3. Que haya identidad en la cosa que es objeto de la negociación en la suma de posesiones, entre el tradente y adquirente respecto de la cosa que se requiera o demande la suma.

7. Vigencia de la subregla jurisprudencial. El juez del nuevo caso debe analizar que la doctrina jurisprudencial vigente, no haya cambiado o evolucionado a una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación. Sea que el legislador la haya derogado con la inserción de leyes nuevas o contrarias, o con la asimilación de la subregla en una disposición jurídica expresa.

Lo dicho implica aceptar que el precedente se apoya en la analogía, de tal modo que el segundo juez analiza y busca las semejanzas en los hechos, cuando parte desde el método inductivo, comparando situaciones fácticas para localizar las eventuales correspondencias. Posteriormente, analiza la regla inserta en el primer caso, tanto la *ratio decidendi* como las *obiter dictum*, para inferir si la subregla puede ser aplicada al nuevo caso.

Así, por ejemplo, en la doctrina sobre la suma de posesiones, la Corte colombiana venía insistiendo que en los negocios jurídicos traditivos de la posesión cuando se refieran a bienes inmuebles debían realizarse por medio de escritura pública; sin embargo, en Sentencia del 5 de julio de 2007, exp. 1998-00358⁴⁶¹, retomando ideas de la sentencia del 16 de julio de 1995, modificó este elemento de la subregla, para adoctrinar que así no haya escritura pública en venta de posesión inmobiliaria, hay

⁴⁶¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de casación exp. 1998-00358. (5, julio, 2007). M.P. Manuel Isidro Ardila Velázquez.

validez para la transferencia y adición de posesiones, por el poder de hecho que la destaca con independencia de los títulos o aún careciendo de ellos.

El análisis, puede partir de la utilización del método deductivo, para lo cual busca primero la similitud en las subreglas para aplicar el precedente buscando acoplarlo al segundo caso. En ese trabajo de verificación teórica de la subregla en cualquier hipótesis, un análisis coherente implica que el juez separe siempre la *ratio decidendi* de la *obiter dictum*, porque ello es determinante en el grado de correspondencia entre la providencia inicial y la situación que ahora es objeto de juzgamiento. Pero del mismo modo, también puede utilizarse el método inductivo partiendo de la comparación de los hechos, para ascender a las de las subreglas.

En las modalidades de jurisprudencia conceptualista, el juez no se preocupa de los hechos y el trabajo queda a medio camino porque simplemente vehicula las subreglas jurídicas y se desentiende de la similitud fáctica sin analizar los hechos, pero también puede llegar a un casuismo exacerbado, marginando el análisis conceptual o de la subregla.

La cuestión es relevante porque la aplicación del precedente no es automática sino producto de un proceso mental que realiza el segundo juzgador, en el cual tiene que analizar los hechos y las subreglas que pretende comparar a fin de deducir las semejanzas y diferencias. De no hacer este análisis, se incurre en aplicaciones erróneas del precedente y en soluciones equivocadas.

El proceso de comparación implica entonces, analizar, sopesar y decidir oteando las semejanzas fácticas entre los hechos del caso ya decidido y el que está por resolverse, infiere que puede aplicar la misma subregla o la misma *ratio decidendi*, o el mismo criterio que aplicó el juez el primer caso⁴⁶².

Una identidad apenas conceptual por muy amplia que sea, es incompleta, porque olvida la identidad fáctica, y al interior de los sistemas del *civil law*, las aplicaciones son carentes de metodología, desde el punto bibliográfico, histórico, citacional. Es muy desordenado, y las labores de las oficinas de relatoría, en su mayoría son conceptualistas, de tal modo que todos esos defectos son decisivos en la debilidad argumentativa de la decisión.

En la instrumentalización del precedente resulta extremadamente relevante el hallazgo de la identidad fáctica, para establecer si hay una similitud amplia o estrecha, entre los asuntos objeto de comparación, analizando también la coyuntura histórica que generó la subregla. Se trata de la historia, política, religiosa, social concreta, y su convergencia con la nueva, aspecto en el cual por regla general no se tiene en cuenta, porque los análisis son totalmente abstractos.

Lo señalado se relaciona, directamente, con un problema histórico, por cuanto entran en diálogo el pasado con el presente, cuyo sujeto conductor es el juez, para establecer si la relación es estrecha o amplia con el caso actual. Cuando no se

⁴⁶² TARUFFO, Michele. "*Precedente y jurisprudencia*". Riv. Trim. Dir. Proc. Civ, 2007. p. 712 y ss.

desarrollan estos análisis, resultan citándose casos como antecedentes que no tienen ninguna relación fáctica, y apenas una relación conceptual, resultando caótico e indisciplinado el uso del precedente. De tal modo, que se ingresa en un laberinto, se altera la historia, se trastocan y desnaturalizan doctrinas, se hace una traspolación dogmática desleal o injusta en la solución del caso, al realizar un diálogo histórico desconectado.

Sobre este particular, la Corte Constitucional colombiana ha expresado:

“En relación con la aplicación del precedente, esta Sala de Revisión en sentencia T-158 de 2006 señaló: “Por ello, la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación”⁴⁶³.

La misma sentencia, explicando la *ratio decidendi* anterior dispone:

“(…) El precedente judicial (…) implica que un caso pendiente de decisión ha de fallarse de acuerdo con el(los) caso(s) decidido(s) en el pasado únicamente cuando los hechos relevantes característicos del caso actual son semejantes a los supuestos de hecho presentes en el caso decidido con antelación; cuando la consecuencia jurídica que se aplicó para la resolución del caso anterior puede equipararse a la que se exige en el presente caso y si la regla fijada por la jurisprudencia se mantiene y no ha cambiado o no se ha evolucionado en una jurisprudencia distinta o más específica que traiga como consecuencia la modificación de algún supuesto de hecho para efectos de su aplicación”⁴⁶⁴.

Y en el año 2011, dijo la Corte Constitucional a propósito del cambio de precedente y orientó el modo de proceder: “*i) (...) presentar de forma explícita las razones con base en las cuales se apartan del precedente, y ii) demostrar con suficiencia que la interpretación brindada aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales. Lo anterior se sustenta en que en el sistema jurídico colombiano el carácter vinculante del precedente está matizado, a diferencia de cómo se presenta en otros sistemas en donde el precedente es obligatorio con base en el stare decisis*”⁴⁶⁵.

8. Finalmente, para la existencia del precedente es esencial la observancia de la supremacía constitucional, requisito sin el cual no tendrá eficacia. El precedente y

⁴⁶³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-548. Expediente T-1297753. (13, julio, 2006). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2006 [consultado el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-548-06.htm>

⁴⁶⁴ *Ibidem*.

⁴⁶⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-641. Expediente T-3.000.061. (26, agosto, 2011). M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 27 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-641-11.htm>

sus vicisitudes es una problemática de naturaleza judicial, pero con efecto en las autoridades administrativas, en las legislativas y en los propios jueces. Éstos deben sujeción al mismo, pero en virtud de la autonomía e independencia pueden separarse de él, sin embargo, las autoridades administrativas están obligadas a obedecerlo, sin que gocen de la autonomía e independencia que acompaña la actividad judicial, por lo tanto, su observancia es estricta, y únicamente pueden separarse cuando aparezca que las subreglas que contiene, afrentan expresa y abiertamente la Constitución, por vía de la excepción de inconstitucionalidad. Por ello en la Sentencia C-539 de 2011 ha señalado:

“La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P.art.228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4 del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas – más que ello, obligadas- a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P.art.4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto”⁴⁶⁶.

Bajo esta perspectiva, la vigencia del precedente jurisprudencial pareciera que entrara en conflicto con la libertad del juez, fincada en los principios de autonomía e independencia judicial con resorte en la Carta Constitucional, elemento esencial de la democracia contemporánea. No obstante, en verdad no cercena este principio esencial del juez, como garante de la libertad en el Estado contemporáneo. Los principios guían la actividad de los jueces, pero ni son los únicos, ni son absolutos y poseen límites. Sobre el particular opina la Corte Constitucional colombiana:

“Aunque la labor hermenéutica del funcionario judicial está rodeada de garantías, como la independencia y autonomía funcional, ello no tiene un sentido absoluto, sino que dicha labor está sometida a importantes condicionamientos. De una parte, la jurisprudencia de los máximos tribunales que, bajo la institución del precedente y el principio *stare decisis*, vinculan directamente a todos los funcionarios judiciales (y a todas las autoridades públicas, tratándose de la Corte Constitucional). Así mismo, se imponen reglas precisas relativas a la validez del ejercicio hermenéutico: razonabilidad, ausencia de capricho y de arbitrariedad (...).”

“(...) El capricho, por su parte, se presenta en las ocasiones en las cuales el intérprete no sustenta o argumenta debidamente sus conclusiones”⁴⁶⁷.

Los requisitos para aplicar el precedente son de vital importancia en la conquista del Estado social de Derecho, pero ante la carencia de disciplina jurídica en los jueces y abogados para encontrarlos, entenderlos, analizarlos, es necesario que las

⁴⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539. Expediente D-8351. (6, julio, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 27 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm>

⁴⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-546. Expediente T-573149. (18, julio, 2002). M.P. Eduardo Montealegre Lynett [en línea]. Bogotá, D.C.: 2002 [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-546-02.htm>

escuelas de derecho y de jueces, investiguen estrategias para su adecuado aprendizaje.

En Colombia, el ordenamiento jurídico no contempla explícitamente la definición del precedente en la constitución, por consiguiente, la evolución conceptual la han elaborado las Altas Cortes, desde su jurisprudencia; introducido por primera vez de manera novedosa por la Corte Constitucional en la década de los noventa a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991, traspasando conceptos del *common law*, a una tradición jurídica colombiana, considerada romano-germánica.

La evolución del precedente en Colombia es objeto de estudio adelante, no obstante, en la actualidad para las Altas Cortes Colombianas, no cabe, ostenta valor normativo en el sistema jurídico interno. De manera que, la conceptualización del precedente actualmente es elaborado con la contribución de todos los tribunales de cierre.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante la Sentencia STC3817-2015 del 6 de abril de 2015 con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, expone los siguientes requisitos del precedente:

“(…) [E]n principio, para predicar la existencia de un precedente judicial deben llenarse, al menos, los siguientes requisitos: 1) semejanza de los supuestos de hecho del caso actual con aquéllos esbozados en la decisión anterior, 2) posibilidad de equiparación de la consecuencia jurídica que se aplicó en la determinación primigenia, con el asunto actual y, 3) vigencia de la subregla o de la doctrina que contiene el precedente; esto es, que no se haya mutado, modificado o evolucionado por medio de otro antecedente jurisprudencial CSJ (…)[STC 23 de febrero de 2014. Rad. 2013-02189-01]⁴⁶⁸.

5.8 DIFERENCIAS ENTRE PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA

La doctrina no ha elaborado una diferencia puntual entre jurisprudencia y precedente, sin embargo, podemos señalar las siguientes:

1. La jurisprudencia es una categoría por antonomasia del *civil law*, mientras que el precedente se emparenta mucho más con el derecho del *common law*.
2. Tradicionalmente la jurisprudencia se ha destacado como fuente formal del derecho, caracterización que no ha ocurrido con el precedente. Una de las razones para verlo así, estriba en el hecho de que el precedente es ante todo una técnica, de encarar y aplicar la jurisprudencia. Es una práctica jurisprudencial, pero esto no significa que siempre se apliquen las sentencias antecedentes, porque ante

⁴⁶⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia STC3817-2015. (6, abril, 2015). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. El caso en concreto, es una acción de tutela contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en contra vía de criterios más favorables en la reducción de la pena, de conformidad con el precedente vigente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

circunstancias nuevas podrá el juez, justificadamente, rehusar a aplicar un antecedente vigente.

3. La jurisprudencia es un concepto mucho más amplio y genérico, mientras que precedente puede entenderse como una especie de jurisprudencia, más concreta al poner en relación una decisión previa con decisiones posteriores.

4. La jurisprudencia es por esencia una fuente formal que se desarrolla dinámica y constantemente sin que la doctrina haya explicitado una metodología y una técnica para su observancia. El precedente por el contrario es objeto de construcción de toda una metodología y de una técnica para conocer, entender y hacer eficaz los desarrollos jurisprudenciales analizando las decisiones judiciales iniciales para auscultar las subreglas insertas en una sentencia judicial o para elaborar una determinada línea jurisprudencial con el propósito de valorar, ponderar, su conservación, obediencia, cambio o rechazo en forma motivada o de manera justificada racionalmente.

5. La jurisprudencia constituye todo el conjunto de decisiones proferidas por los jueces de todas las categorías, -aun cuando, para la Corte Constitucional colombiana únicamente las altas cortes la desarrollan. Es fuente formal en todos los ámbitos del derecho a medida que se van sentenciando los asuntos sometidos a las judicaturas de los diferentes países; sin embargo, el precedente, se estructura como decisión previa, que ejerce un poder normativo para casos posteriores, dando lugar a subreglas extraídas de los casos concretos.

6. El estudio del precedente conceptualmente se convierte en un medio útil para determinar cómo están pensando los jueces y cómo están aplicando el derecho. Cuando el estudio es integral se convierte en un medio de crítica y de construcción racional del derecho, que facilita detectar los logros o retrocesos que ha tenido la jurisprudencia, los aciertos o los desatinos frente al contexto social y político.

7. La observancia del precedente, aunque puede conducir a la petrificación de la jurisprudencia, sí permite otorgar mayor responsabilidad y compromiso político al juez para aquilatar los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima al momento de aplicar la ley.

8. La observancia del precedente implica un compromiso del juez con el pasado, el presente y el futuro porque entrega seguridad, certeza y previsibilidad en la forma como los jueces podrán fallar casos posteriores cuando son similares las circunstancias fácticas.

9. La jurisprudencia es una categoría que caracteriza la actividad judicial del *civil law*, mientras que el precedente es el ejercicio jurídico de los jueces del *common law*. Por tanto, tienen diferente índole, procedencia y tradición jurídica.

10. Jurisprudencia y precedente cumplen diferente función. El precedente es un medio y una técnica para la solución de casos futuros utilizando una sentencia como antecedente, mientras que la jurisprudencia es un concepto amplio que va desde la

interpretación de la ley preexistente para darle luz a un caso concreto o simplemente aglutina o se refiere a las decisiones que diariamente y por centurias producen los jueces.

11. La jurisprudencia es el ejercicio de la interpretación de los funcionarios judiciales de las normas jurídicas expedidas por el legislador. El precedente crea subreglas cuando el sistema carece de ellas o es una forma particular del ejercicio jurisprudencial.

12. La jurisprudencia propiamente interpreta, y no necesariamente tiene por objeto crear subreglas, aun cuando las crea. Estudia en forma amplia y genérica, a veces en forma ordenada y otras veces en forma desordenada las decisiones judiciales, mientras que el precedente crea prescripciones en un sistema que carece de ellas.

13. Tanto la jurisprudencia como el precedente requieren de las respectivas decisiones, además, que hayan hecho tránsito a cosa juzgada, esto es, que las sentencias sean 1. Inimpugnables sin posibilidad de ser discutidas nuevamente, salvo por vía del recurso de revisión o de la eventual acción de tutela; 2. Inmutables, en cuanto sean imposibles de modificarse, y 3. Coercibles porque, inmediatamente, ejecutoriadas son susceptibles de cumplimiento, exigibilidad o ejecución.

14. El precedente es una providencia judicial que ha resuelto un caso, normativa y fácticamente análogo al que se debate ahora. No se trata, propiamente, de la decisión primera cronológicamente, anterior y punto de partida, sino, que además, debe mantener o guardar identidad sustancial con el nuevo caso, con alcance normativos sobre decisiones ulteriores.

15. Ahora, viendo la doctrina inserta en las sentencias como conjunto de saberes, ideas, *ratio decidendi* u *obiter dictas* que se encuentran en la parte motiva de un fallo, el juez del segundo caso, puede tener al frente varios precedentes, con similitud jurídica o fáctica, pero contradictorios en las subreglas creadas, y, por ende, en su doctrinas, por ejemplo, en una restitución de bien inmueble al abordar la mala fe, en un caso reconociendo el pago de mejoras y en otro desconociéndolas. De tal modo, que se exige una capacidad analítica del segundo juez para encontrar el antecedente pertinente aplicable al caso.

16. A pesar de los puntos de contacto, y la relación de género y especie entre jurisprudencia y precedente, técnica y metodológicamente, precedente no implica siempre reiteración de jurisprudencia, sino que su práctica permite fundar una línea, separarse de ella, ponderarla racionalmente, alterarla o modificarla justificadamente, cuando no se trata de precedentes autoritarios.

17. La observancia del precedente y su práctica permite enfrentar las vicisitudes de la jurisprudencia, realizar análisis permanentes del pensamiento de los jueces y de las cortes, así como comparar las respuestas históricas que han dado a los diferentes problemas, los aciertos o los defectos, el compromiso y responsabilidad de los jueces con un país o con la ciudadanía en la labor de aplicación de la justicia.

18. Analizados los conceptos desde la estructura del recurso de casación, la unificación de la jurisprudencia es una de las finalidades de ese recurso, más no el precedente, pero si la expresión de ella; de consiguiente, la observancia del antecedente también concurre en la consecución de la uniformidad jurisprudencial, porque permite dar estabilidad, predictibilidad y seguridad jurídica, sin embargo, difieren en su procedencia en las tradiciones jurídicas.

19. Según Solís, una de las diferencias más relevantes, entre:

“(…) [N]uestra tradición jurídica respecto del *Common Law* es el hecho de que no se haya admitido la regla del precedente único, pues en vez de confiar a los jueces la elaboración de un derecho original, hemos adoptado la formación de la jurisprudencia por parte del juzgador después de varios precedentes. Por otro lado, dentro de nuestra tradición jurídica la norma se ha considerado como de origen legislativo, pues es necesario que sea creada reflexivamente tratando de prever toda una serie de casos típicos, lo que revela el carácter eminentemente casuístico de nuestras normas”⁴⁶⁹.

20. Aun cuando se han señalado diferencias entre jurisprudencia y precedente, en el fondo no son instituciones contrarias, porque la una es el género y la otra la especie, tal vez la diferencia más clara venga desde el punto de vista cuantitativo, en efecto:

“(…) Cuando se habla del precedente se hace generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de la jurisprudencia se hace, generalmente, referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos. La diferencia no es solo de tipo semántico. El hecho es que en los sistemas que tradicional y típicamente se fundamentan en el precedente, generalmente la decisión que se asume como precedente es una sola; más aún, pocas decisiones sucesivas son citadas para sostener el precedente”⁴⁷⁰.

Es decir, el género, el conjunto de sentencias o de resoluciones sobre la multiplicidad de casos concretos conforma la jurisprudencia que día a día forman subreglas, criterios, máximas.

La Corte Suprema de Justicia desde el 2014 viene haciendo claridad sobre ese particular y el Consejo de Estado también es partidario de ese criterio:

“Se quiere llamar la atención sobre este aspecto, pues basta una única providencia para que se pueda hablar de precedente, así lo reconoció esta Sala en decisión reciente, al indicar que el precedente “(…)es la decisión, o el conjunto

⁴⁶⁹ SOLIS RODRÍGUEZ, Javier. *La jurisprudencia en las tradiciones jurídicas*. [en línea] México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en www.juridicas.unam.mx <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> DR © 2005. Universidad Nacional Autónoma de México. Libro completo en: <https://goo.gl/kMhp9M>. 327.

⁴⁷⁰ TARUFFO, Michael. *Jurisprudencia y precedente*. Trad. del italiano al castellano por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini. *Precedente. Revista Jurídica*, de la Universidad ICESI [en línea]. Cali: Ed. Universidad ICESI, 2007. p. 86-99. ISSN 1657-6535. Disponible en: <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>

de decisiones, que sirve(n) de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la *ratio decidendi* constituye la regla (...) que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido”⁴⁷¹.

En la decisión anterior, enfatiza que no todas las decisiones de la Altas Cortes establecen precedente, sin embargo, es la subregla creada para un caso en concreto la que forma el precedente, definida desde antaño a modo de *ratio decidendi*:

“(…) [P]ues la pluralidad de decisiones es lo que caracteriza la jurisprudencia, cuya fuerza vinculante, como ya se explicó, surge de la repetición en cuanto a la forma como se ha fallado un caso, por parte del tribunal u órgano de cierre. Esta distinción que parece sutil no lo es, dado que debe aceptarse que no todas las decisiones judiciales que profieren las Altas Cortes, generan una subregla, pues son más el resultado de la aplicación al caso concreto de la norma que se subsume al caso, sin una actividad creadora del juez. Recapitulando, el precedente, como lo ha entendido el Tribunal Constitucional, es la *ratio* -regla o subregla de derecho- empleada en un caso para fallar unos determinados supuestos de hecho y/o derecho puestos a su conocimiento. La *ratio* es el principio, la regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial y que proyecta sus efectos en la parte resolutive (...)”⁴⁷².

A la diferencia cuantitativa, Taruffo agrega una diferencia cualitativa:

“El precedente provee una regla – susceptible de ser universalizada, como ya se ha dicho– que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso. Naturalmente la analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo según retenga prevalentes los elementos de identidad o los elementos de diferencia entre los hechos de los dos casos. Es por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no existe el precedente, y entonces, por así decirlo, “crea” el precedente”⁴⁷³.

En el punto difiere de la jurisprudencia por cuanto, además de abarcar todo el arsenal de decisiones:

“El empleo de la jurisprudencia tiene características bastante diversas. El análisis comparativo de los hechos falta, al menos en la grandísima mayoría de los casos. Aquí el problema depende de eso que en realidad “constituye” la jurisprudencia: se trata, como se nota, de las máximas (...), La característica más importante de las máximas es que se trata de enunciaciones que se concretan en pocas frases que tienen por objeto reglas jurídicas. Estas reglas tienen generalmente un

⁴⁷¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN QUINTA. Radicación no 11001-03-15-000-2013-02690-01(AC). (19, febrero, 2015). C.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁴⁷² *Ibidem*.

⁴⁷³ TARUFFO, Michael. Jurisprudencia y precedente. Trad. del italiano al castellano por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini. En: *Precedente. Revista Jurídica*, de la Universidad ICESI [en línea]. Cali: Ed. Universidad ICESI, 2007. p. 86-99. ISSN 1657-6535. Disponible en: <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>

contenido más específico respecto al dictado textual de la norma de la cual se construye una interpretación; sin embargo, son siempre formuladas como reglas, es decir, como enunciaciones generales de contenido preceptivo”⁴⁷⁴.

21. La jurisprudencia es una fuente jurídica dinámica, viviente, es la creación de derecho por los jueces que fija reglas de contenido preceptivo, sin procurar identidad en los hechos y por tanto factor decisivo en la interpretación y aplicación del derecho. El precedente es la primera decisión de un juez o tribunal de mayor jerarquía (precedente vertical), o del propio juez (precedente horizontal o autoprecedente) que es acogida en casos posteriores en forma persuasiva o vinculante por el propio juez o por los jueces de menor jerarquía, en cuanto contiene subreglas, utilizables en la nueva controversia o en otras.

En síntesis, el precedente es la decisión que provee una regla universal susceptible de ser aplicada como criterio de decisión en casos sucesivos dando identidad y homogeneidad al derecho; y por tanto, se trataría de decisiones previas, que se tornan en enunciados autoritarios que funcionan como criterios para decisiones subsecuentes.

Un asunto relevante en la cuestión se relaciona con la circulación de sistemas judiciales jurisprudenciales, como acontece con la inserción del precedente y sus implicaciones en el derecho colombiano, donde la Corte Constitucional, haciendo caso omiso de la tradición que venía desarrollando el país, desde el art. 4 de la Ley 169 de 1896 con la doctrina probable, en lugar de fortalecer esa institución poco a poco la socava, para dar mayor fuerza al modelo jurisprudencial proveniente de la familia del *common law* del precedente, y en otras ocasiones haciendo un manejo indistinto o confuso de esta institución con la doctrina probable.

En este punto, la Corte Suprema de Justicia colombiana, hace un gran aporte, clarificando esos conceptos medulares procurando resolver dudas y ambivalencias sobre la cuestión, los cuales han sido objeto de estudio y de análisis a lo largo de esta investigación. En efecto, en una de las providencias, la Sala civil de esta Corte define la jurisprudencia como fuente formal, exponiendo: “(...) *la jurisprudencia es la disciplina que estudia los principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los jueces, marco dentro del cual algunos la refieren exclusivamente a las decisiones de las altas cortes, mientras otros, a la generalidad de los mismos*”⁴⁷⁵. Ulteriormente caracteriza el significado de precedente, el cual ha de entenderse desde la perspectiva de la lengua materna, con independencia de la carga conceptual proveniente de la familia del *common law*. La Real Academia de la Lengua, enuncia que precedente viene de preceder; lat. *praecēdens*, *-entis*, y lo define como: “1. *adj. Que precede o es anterior y primero en el orden de la*

⁴⁷⁴ TARUFFO, Michael. Jurisprudencia y precedente. Trad. del italiano al castellano por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini. En: *Precedente. Revista Jurídica*, de la Universidad ICESI [en línea]. Cali: Ed. Universidad ICESI, 2007. p. 86-99. ISSN 1657-6535. Disponible en: <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>

⁴⁷⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia SC 10304-2014 (5, agosto, 2014) declarativo de Germán Orbes Sánchez Vs. Deyanira Eraso Obando. M. P. Luis Armando Tolosa V., radicado 11001-31-10-015-2006-00936-01.

colocación o de los tiempos. 2. m. antecedente (ll acción o dicho anterior). 3. m. *Aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta*⁴⁷⁶.

En ese contexto, donde justamente se discutía como causal de casación, la infracción de la jurisprudencia, de la doctrina probable y del precedente, la Corte Suprema de Justicia al continuar su análisis interpretativo y diferenciado, definió el precedente, de la siguiente manera:

“La expresión precedente se deriva, por tanto, del verbo preceder, esto es, aquello que es anterior y primero en el orden o en el tiempo; por ello es sinónimo de antecedente. Aplicada entonces, la categoría en cuestión frente al concepto a la jurisprudencia, podemos señalar que precedente es una decisión relativa a un caso particular que es anterior y primera frente a otras decisiones y que fija reglas utilizables para otros casos sucesivos o posteriores, en forma persuasiva o vinculante; y como tales, susceptibles de ser universalizada para ser aplicada como criterio de decisión, dando identidad jurídica y unidad conceptual al ordenamiento jurídico”⁴⁷⁷.

Identifica entonces, desde el punto de vista jurídico al precedente como “(...) *la primera decisión de un juez o tribunal de mayor jerarquía (precedente vertical), o del propio juez (precedente horizontal o autoprecedente), que es acogida en casos ulteriores, sucesivos o posteriores en forma persuasiva o vinculante por el propio juez o por los jueces de menor jerarquía, adquiriendo efectos normativos para casos posteriores*”⁴⁷⁸. Y para referirse a la doctrina probable, acude al concepto de legislador colombiano, refiriendo: “(...) *en derecho nacional, corresponde a la categoría francesa de la “jurisprudence constante”; y a la conocida en España como la “doctrinal legal”, institución encaminada a llenar vacíos, interpretar problemas jurídicos y brindar soluciones a lagunas jurídicas, con fundamento en la jurisprudencia de las cortes de casación*”⁴⁷⁹. Adelante, entonces, sin vacilaciones expresa “(...) [s]e trata del art. 4 de la Ley 169 de 1896, el cual sin titubeos edifica una categoría bien diferenciada de los conceptos de jurisprudencia y de precedente (...)”⁴⁸⁰. El precepto en cuestión dispone: “*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que jugué erróneas las decisiones anteriores*”. En ese sentido, es un concepto que nace en Colombia con la Ley 169 de 1896, cuya inmediata antecesora fue la doctrina legal española”⁴⁸¹.

⁴⁷⁶ RAE. *Diccionario esencial de la lengua española*. 22 edic. Madrid. Espasa Calpe, 2006. p. 1188.

⁴⁷⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sent. de Cas. SC 10304-2014 del 5 de agosto de 2014, declarativo de Germán Orbes Sánchez Vs. Deyanira Eraso Obando, Mg. Pon. Luis Armando Tolosa V., radicado 11001-31-10-015-2006-00936-01.

⁴⁷⁸ *Ibidem*.

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

⁴⁸⁰ *Ibidem*.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

En este caso, la Corte Suprema a través de la Sala Civil, desarrolla una función pedagógica sobre la forma de proceder por parte de los abogados al formular recursos de casación cuando, los tribunales superiores han infringido la doctrina probable o el precedente. En el asunto en cuestión, el Tribunal de Bogotá omitió aplicar los efectos retrospectivos de la Ley 54 de 1990; el litigio se agitó en casación aduciendo, que se había desconocido la doctrina probable. Sin embargo, la Corte clarificó que para la fecha cuando el tribunal decidió el pleito y, del mismo modo, para cuando se impetró el recurso de casación, la Sala de Casación Civil no había construido aún una doctrina probable, sino que solo existía un precedente, sobre los efectos retrospectivos de la Ley 54 de 1990, para aplicar la existencia de la sociedad patrimonial, a uniones maritales nacidas con anterioridad a 1990.

La Sala de Casación encontró que la jurisprudencia es una fuente formal que permite crear derecho, además, que la unificación de la misma, por medio de la doctrina probable o del precedente permiten aplicar el principio de igualdad, reconocer los derechos de la mujer o de los compañeros permanentes, cuando la ley o el juez los desconocen y han convivido más de dos años, en forma singular y permanente.

Pero del mismo modo corrigió la postura del Tribunal como la del recurrente de Casación desde el punto de vista teórico, en el entendimiento de lo que es doctrina probable, jurisprudencia y precedente. Clarificó que cuando se presentó la demanda solamente existía precedente y no doctrina probable, el antecedente correspondiente al año 2005, que contenía una doctrina de reconocimiento de derechos sobre el asunto, sin embargo aún no existían tres decisiones sobre el mismo punto de derecho dictadas por la misma Corte; empero, en cualquiera de las dos hipótesis se justificaba casar para restablecer los derechos fundamentales de la pareja afectada, bien acudiendo a la doctrina probable o al precedente.

La Corte tratándose en la referida decisión añade que, de los recursos judiciales, la vía más idónea para cumplir la función nomofiláctica, es el recurso de casación.

En consecuencia, la unificación jurisprudencial a través de cualquiera de las dos instituciones (doctrina probable o precedente) constituye una oportunidad excepcional para el derecho en el Estado contemporáneo, a fin de mejorar los sistemas de administración de justicia. Ello implica, desde el punto de vista práctico, superar problemas de ubicación de la jurisprudencia, solucionar los inercias de las relatorías en Cortes y Tribunales para hacerlas más dinámicas, porque los relatores, por ejemplo, buscan la líneas jurisprudenciales, pero no poseen una metodología ni un norte en sus trabajos, ni tampoco han desarrollado destrezas para diferenciar con exactitud cuestiones básicas como la *ratio decidendi* y los *obiter dictum*, pues su confusión engendra problemas graves, y todos continúan anclados a un sistema de jurisprudencia conceptualista.

De modo que ante la importancia que toma la jurisprudencia, tanto en Europa continental como en América latina, se hace necesario recopilar jurisprudencia y publicar colecciones, compendios, repertorios para el conocimiento de la comunidad jurídica. “*El propósito de estas colecciones consiste en ofrecer el criterio constante*

que los tribunales se han formado sobre un cierto concepto jurídico ya que empieza a aceptarse que tales doctrinas tienen fuerza persuasiva innegable frente a la creciente complejidad del sistema jurídico⁴⁸².

5.9 DEFECTOS EN LA ADOPCIÓN DEL PRECEDENTE

La instauración de un modelo jurídico, en el cual se otorga prevalencia al precedente en el sistema de fuentes de derecho, puede conllevar además de las ventajas anteriormente descritas, ciertos problemas, entre los cuales se pueden identificar las siguientes:

1. Socava la autonomía e independencia judicial, por cuanto el juez deberá estar sujeto al precedente, siendo imprecisas las causales de apartamiento, creando un sistema binario entre ley y jurisprudencia. La crítica resulta infundada en los tiempos actuales, por cuanto, los sistemas han previsto poco a poco, por ejemplo, en el colombiano, desde el art. 4 de la Ley 169 de 1896, la posibilidad de apartarse justificada y razonadamente. Precisamente esa disposición y la jurisprudencia, otorgan un margen de maniobra para inaplicar el precedente. Si se hace una revisión a la sentencia C-836 de 2001, se hallaron buenas razones.
2. La continuidad y previsibilidad de las decisiones, excluyen la evolución del sistema judicial, de modo que únicamente el juzgador debería esperar la expedición de leyes por parte del legislador, único autorizado para cambiar, dejando que éste se ocupe de la evolución. Ahora, frente a ese cuestionamiento se responde que, si fuera de ese modo, los cambios llegarían tarde y el legislador, hoy es incapaz de preverlo todo.
3. La seguridad jurídica que entrega la continuidad y la previsibilidad no puede ser tajante sino relativa. Se estrecha el marco de la arbitrariedad y de la discrecionalidad.
4. Nunca dos fallos serán iguales, porque al menos las partes serán diferentes, porque casos iguales no existen.
5. Para el profesor, Tamayo Jaramillo en Colombia, los asuntos que son objeto de interpretación por las altas cortes, son mínimos en relación con la cantidad de disposiciones que existen. Empero, hoy la volatilidad de las relaciones jurídicas y la magnitud de nuevos hechos no previstos, hace imperativa y necesaria la intervención del Juez.
6. Los sistemas de precedentes rígidos muchas veces ignoran las bondades de las interpretaciones teleológicas de las normas, ante la dictadura por aplicar el precedente a casos aparentemente iguales, yendo en contra de la igualdad material que se persigue. Esta crítica es parcialmente cierta, pero los sistemas

⁴⁸² LÓPEZ MEDINA, Diego. *Umbral revista de Derecho Constitucional, jurisprudencia como fuente del derecho. Visión histórica y comparada*. Quito: Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional, 2011. p. 27-30.

jurídicos para dar vida a la decisión judicial han ideado la posibilidad de separarse de un precedente, justificando razonablemente el motivo diferenciador.

7. La rigidez del precedente puede implicar que los jueces caigan en el facilismo por la obediencia que implica el mismo, sucumbiendo ante la búsqueda de interpretaciones diversas a las contenidas en el precedente objeto de obediencia. Así por ejemplo, si se presenta una identidad entre un precedente anterior y el nuevo asunto a resolver, puede ser subsumida completamente la situación, casi en forma unívoca, quedando reducida al mínimo de actividad creadora del juez. No obstante, aquí es donde la capacidad analítica y creativa del juez queda a prueba, del mismo modo para determinar claramente la pertinencia de seguir el precedente o separarse de él.
8. El sistema de precedente en el derecho continental enfrenta un problema complejo, porque al paso que defiende la autonomía e independencia judicial, se exige el respeto al precedente. Si aceptan el precedente caminan hacia el desconocimiento de la autonomía e independencia judicial, si optan por ésta, el precedente deja de ser vinculante. Ahora, si los jueces de mayor jerarquía exigen el respeto al precedente, existirá autoritarismo, y el sistema judicial adquirirá características de antidemocrático, porque en todo sistema, siempre, las cortes conservan en mayor o menor grado la posibilidad de enmendar las decisiones de los jueces de menor jerarquía. Está crítica, se edifica en un dogmatismo judicial y político y desconoce que los jueces justamente por independencia y autonomía judicial siempre están investidos de la obligación de motivar sus decisiones.
9. Anquilosamiento del sistema judicial. Los críticos frente al precedente, como institución que permita materializar la igualdad, señalan que son muy pocas las normas que llegan a las cortes para forjar un precedente, quedando al margen de su construcción un gran número de normas, de las cuales no habrá precedentes fomentando la desigualdad, porque, entre otras cosas, no serán conocidos por las cortes para fijar precedentes. Este reproche pasa por alto que son los hechos los cuales llegando por medio de las pruebas del proceso, y estos son incesantes que obligan al juez ópticamente a estar recreando soluciones que muchas veces no están en la Ley ni en los repertorios jurisprudenciales.
10. La aplicación rígida del precedente puede alcanzar igualdad formal, pero no igualdad material, porque tras aplicar igual solución a un caso futuro, es probable que materialmente no resulte equiparable o justo, por ejemplo, precedentes en materia de alimentos, en general de familia, o en muchas actividades mercantiles, de tal manera que el precedente resulte contrario a la igualdad material, de modo que la igualdad formal puede no coincidir con justicia material. La práctica comprueba el desacierto de esta reconvención porque son los jueces quienes justamente han abierto el espacio para nuevas interpretaciones y soluciones no previstas por el legislador, por ejemplo: la naturaleza de sujetos de derechos, de los páramos, los ríos, etc.

11. Por último, la práctica del precedente puede dar lugar al literalismo o al formalismo de las cortes. Lo antelado es cierto, pero aquí es donde se halla la posibilidad del diálogo entre Ley y realidad, sentencia y hechos.

Algunas de las críticas son razonables, no obstante, la disciplina del precedente resulta útil y necesaria en la democracia contemporánea, porque su propósito no puede conducir sino al otorgamiento de instrumentos para ajustar toda la línea jurisprudencial al cumplimiento de los valores, principios y derechos constitucionales, puesto que el único imperativo del juez contemporáneo es la Carta Fundamental para materializar el Estado de Derecho.

5.10 VICISITUDES TEMPORALES DEL PRECEDENTE

Con independencia del tipo de precedente, dado que algunos son obligatorios o vinculantes, otros son simplemente persuasivos, en fin; se han expuesto algunos requisitos para la aplicación del precedente, caso en el cual, si se satisfacen, debe adoptarse como guía para solucionar el nuevo asunto. Empero, en un Estado democrático, los jueces se pueden separar o apartar del mismo, por virtud del principio de autonomía e independencia judicial, frente al autoprecedente, o al precedente vertical, aún los precedentes de los respectivos organismos de cierre jurisdiccional.

En cualquier hipótesis, sea vinculante, persuasivo, horizontal o vertical, a quien quiera apartarse, corresponde identificar el precedente o precedentes vigentes objeto de separación. Si efectivamente lo rechaza o se aísla debe señalar argumentativamente la razón. Generalmente ocurre cuando no se dan los presupuestos necesarios para efectos de la aplicación: 1. similitud fáctica, 2. similitud en el principio jurídico o subregla aplicable, y, 3. vigencia de la subregla; o en fin como lo expresa, una de las aclaraciones de voto a la Sentencia C-461 del 2013, “(...) *tendrá la carga de fundamentar su decisión y justificar jurídicamente las razones del apartamiento por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial*”⁴⁸³.

Un precedente puede sufrir modificaciones o perder vigencia histórica por fuerza de los hechos o por cambios legislativos. Por ello es necesario, ponderar para buscar un equilibrio entre la continuidad y el cambio, entre el pasado, el presente y el futuro, exigiendo sensibilidad por parte del juez para que sea receptivo de los cambios, de las transformaciones y las necesidades sociales y económicas.

La observancia del precedente no puede ser pétrea, su disciplina no puede ser irracional, porque el propósito del mismo es aquilatar el principio democrático,

⁴⁸³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

básico en el Estado Constitucional, porque procura materializar los derechos a la igualdad y la seguridad jurídica, al permitir que el sistema jurídico sea predecible y coherente en sus decisiones judiciales, en cuanto los ciudadanos y los usuarios del sistema jurídico pueden esperar que las autoridades administrativas y sus jueces, tomen decisiones semejantes ante asuntos análogos objeto de conocimiento o de decisión, asegurando estabilidad y coherencia en la aplicación de reglas jurídicas. La utilización de un antecedente permite eliminar todo rescoldo de arbitrariedad y preferencia, de subjetividad y de corrupción. Empero, ante cambios de las situaciones concretas, es de esperar que también la forma de solucionar o de resolver los asuntos por parte de las autoridades, éstas se amolden a las nuevas condiciones.

“Por ello, una vez adoptado un criterio, el mismo sólo puede ser modificado por *raisons suffisantes* (...), pues detrás se encuentra esa "continuidad" que constituye la base de la vida social y espiritual (...), lo cual también determina que el apartamiento de los precedentes deba ser visto como la última *ratio*, cuando el juez, al considerar inconvenientes los criterios disponibles, no pueda eludir su aplicación aprovechando posibles ambigüedades o vaguedades lingüísticas (...), o apelando a otros recursos (como la técnica del *distinguishing*, que permite "esquivar" la regla en el caso dejando al mismo tiempo incólume -al menos formalmente- el precedente, recurso que también debe ser utilizado dando razones suficientes)”⁴⁸⁴.

No obstante, la fortaleza de un precedente depende del efecto vinculante:

“Si consideramos que en definitiva "la fuerza vinculante de un precedente depende del peso de los argumentos presentados para la decisión" (...), y que "su autoridad judicial dependerá siempre en lo futuro de la fuerza del razonamiento en que se apoya" (...), será entonces claro que una de las notas distintivas del precedente es la de estar expuesto a la contraargumentación, y que ninguno ha de tener la autoridad suficiente como para "clausurar" el diálogo, determinando definitivamente la solución correcta para el caso al cual esté referido”⁴⁸⁵.

Por tanto, cuando hay cambio de precedente, su irrupción no puede ser arbitraria, sino que implica realizar una argumentación consistente con la exposición de verdaderas y trascendentes razones que impongan y dobleguen los criterios del precedente, hasta entonces vigente, así como los principios de seguridad jurídica y de igualdad que fundamentan el principio de respeto al mismo.

De esta manera, un precedente puede sufrir modificaciones o perder vigencia histórica por fuerza de los hechos o por cambios legislativos. En tales hipótesis, el juez puede acudir a la fórmula *de non est simile*, separándose o bloqueando la aplicación de un precedente al nuevo caso, y en estos eventos, se habla de las siguientes técnicas:

5.10.1 El *stare decisis*

⁴⁸⁴ SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de precedente*. Isonomía, no. 21. México: octubre 2004, p. 230. versión impresa ISSN 1405-0218

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 231

El *stare decisis* es una locución latina que significa “*estarse sobre lo decidido*”⁴⁸⁶, sin regulación expresa en la Constitución de los Estados Unidos. Como tal implica la obligación del juez de seguir su propio criterio de tal forma que el siguiente caso que guarde semejanza fáctica se resuelva de manera uniforme, en aras de la transparencia y de la igualdad, otorgando solución análoga, sin que pueda predicarse que es una respuesta idéntica, por la dificultad de que existan dos casos completamente iguales. A asunto similar, igual respuesta. Algunos sistemas con el fin de observar disciplina en el seguimiento del precedente, adjudican responsabilidad funcional por el no seguimiento de la decisión estándar para casos iguales, como en el anglosajón.

El *stare decisis* puede ser vertical u horizontal; es vertical cuando un tribunal o juez dicta un criterio que debe seguir el juzgado de menor jerarquía o instancia y es horizontal cuando el propio juzgador se vincula por sus decisiones anteriores.

En Estados Unidos de Norteamérica, a finales del Siglo XIX, la discusión se centraba en identificar al *stare decisis* como una “máxima” o “principio” que favorecía de manera general el acatamiento de decisiones anteriores. Su autoridad y significado se derivaron de la tradición del *common law*, más que de los pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema⁴⁸⁷, como marco teórico y valorativo para los jueces no es suficiente.

En la Corte norteamericana, el concepto de *stare decisis* tenía doble connotación, la primera, la “*metadoctrine*” o metadoctrina como una presunción aplicable a favor de la adherencia en los precedentes al argumentar de forma genérica su oposición al *overruling*, independientemente del contexto sustantivo del caso dado, de modo que no basta la existencia de error para anular una decisión. Por otro lado, la “*doctrine*” o doctrina, deja sin efecto o modifica un precedente controvertido en particular; caso en el cual, se resalta la fuerza restrictiva del *stare decisis* en relación con los hechos y pruebas anunciadas⁴⁸⁸; es la doctrina de la Corte que establece reglas cuándo o como seguir un precedente.

5.10.2 El *Leading case*

Se entiende como “*a question or problem that is decided in a court of law, which is used as an example to decide similar cases*”⁴⁸⁹. Al descomponer la colocación,

⁴⁸⁶ BHALA, Raj. *The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy)* [El mito sobre *stare decisis* y la Ley de Comercio Internacional (Primera parte de la trilogía)]. En: *American University International Law Review*, 1999, Vol. 4, no. 14. p. 845-956.

⁴⁸⁷ STARGER Colin. *The Dialectic of Stare Decisis Doctrine*. [La dialéctica de la doctrina del *Stare Decisis*] En: PETERS Christopher. *Precedent in the United States Supreme Court. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. [Precedente en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Derecho de Gentes: Perspectivas comparativas en Derecho y Justicia]. Vol. 33. 2013, p. 19-45.

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹ Traduce en español “Una pregunta o problema que es decidido en una Corte de Derecho, la cual es usada como ejemplo para decidir casos similares”. Cambridge Advance Learner’s Dictionary

Leading se conoce como “*very important or most important*”⁴⁹⁰, es un adjetivo que antecede al sustantivo “*case*” y se define como “*law based on decisions that have been made by judges in the past*”⁴⁹¹.

En el sistema jurídico del *common law*, “*case*” se concibe como la jurisprudencia a la que se puede acudir en aras de tomar una decisión sobre un caso concreto, y *leading case* se refiere a las decisiones adoptadas con carácter más relevante.

Se conoce como primero o inicial que desde el punto de vista temporal estructura, diseña y fija un precedente vinculante o persuasivo y que se constituye en el precursor en determinada materia y que servirá de punto de guía para los demás casos.

5.10.3 El *Overruling*, cambio o revocación del precedente

El verbo en infinitivo *overrule*, se conoce como “*to decide against a decision that has already been made*”⁴⁹², se entiende por *overruling* – nombre verbal- dentro del marco del *common law* la posibilidad de cambiar, dejar sin efecto, quebrar o modificar un precedente vinculante por uno nuevo, y con mayor razón o facilidad, uno de carácter persuasivo, cuando las circunstancias de modo, tiempo y lugar, o sucesos extraordinarios a pesar de la semejanza fáctica de las situaciones objeto de juzgamiento, compelan su modificación, reforma o cambio total.

La orientación jurisprudencial únicamente puede ser cambiada por el propio tribunal que lo construyó o por el superior jerárquico de quien lo profirió. El fenómeno también se refiere al caso cuando se deja sin efecto un determinado precedente, reemplazándolo por uno nuevo, que no sea sustancialmente igual. Habiendo sido adecuado en una situación concreta, luego de un determinado tiempo, el Tribunal estima que el precedente debe ser cambiado por diferentes circunstancias, por ejemplo, por obsoleto, inadecuado, sin uso, contradictorio, etc.

Estos cambios deben contemplar la posibilidad de que se haga en forma diferida o no inmediata para que no engendre cercenamientos de derechos, conflictos jurídicos o sociales, o para que permita apalancar las nuevas tesis. Esto puede dar lugar a dos modalidades de *overruling*: *Prospective* y *anticipatory*.

El *prospective* es el dictado con efectos diferidos, esto es, con efectos futuros para no afectar a quien han adquirido derechos con justo títulos, en forma repentina o

[Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 814.

⁴⁹⁰ En español es “Muy importante o el más importante”. *Cambridge Advance Learner’s Dictionary* [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 814.

⁴⁹¹ Traducido significa “Ley basada en decisiones que se han hecho por jueces en el pasado”. *Cambridge Advance Learner’s Dictionary* [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 814.

⁴⁹² En español es “Decidir en contra de una decisión que ya ha sido tomada”. *Cambridge Advance Learner’s Dictionary* [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]. 3ra ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2008. p. 1016.

inopinada; es retrospectivo, porque el nuevo criterio se aplica al caso objeto de decisión; *anticipatory*, en cuanto los jueces se sustraen de cumplirlo por considerar que en el futuro se hace inaplicable y anticipan que lo utilizarán justificando su erosión frente al mismo en forma motivada.

La obligatoriedad de un precedente, del mismo modo, puede terminar por decisión legislativa o judicial. En la primera, los legisladores aprueban una ley diferente, contraria o nueva que explícita o implícitamente extingue o modifica un precedente. Por vía judicial, porque el juez o el tribunal competente, por medio de una decisión nueva, modifica un precedente que se venía aplicando en forma constante. Los precedentes no pueden ser inflexibles o sacrosantos, porque la dinámica histórica presenta nuevas prioridades a las cuales deben responder los jueces. Además, requiere la competencia para el ejercicio de esta técnica debe contemplarse, exclusivamente, en cabeza de quien profirió el propio precedente fundante o en el superior jerárquico de éste.

El *overruling* requiere como requisitos básicos para que se surta:

1. Citar expresamente el precedente anterior que se procura alterar, eliminar o modificar o dejar sin efecto. Empero, puede existir un *overruling* tácito o implícito, por carencia de manifestación expresa de sustitución.
2. Que se expongan las razones y motivos que hacen necesario o que justifican el cambio, la modificación, el apartamiento del precedente anterior y la generación de un nuevo criterio jurisprudencial.
3. Que se exponga claramente cuál es el nuevo precedente, la nueva doctrina, el nuevo criterio que va tener aplicación hacia el futuro.
4. Que se diga desde cuando surtirá efectos.

Si un sistema judicial no es dinámico, ni lee los fenómenos históricos poco a poco se anquilosa y se ve condenado a la desaparición, de tal modo, que el cambio rejuvenece el derecho, de ahí la necesidad de dar respuesta actual y eficaz a los sucesos diarios. El cambio de precedente representa una relación entre el presente y el pasado en constante evolución porque el derecho no es pétreo; por cuanto los hechos materia de juzgamiento, cada día son diferentes, y no puede afirmarse que, del todo, sean reiterativos.

Atrás se ha realizado un inventario de las ventajas y de las desventajas en la formación de una cultura del precedente. Del análisis de ese variado catálogo, el respeto y su observancia, sin dogmatismo, ni sacralismo, fulge como elemento esencial en el Estado de Derecho, como medio para evitar autoritarismo, injusticias, dictaduras judiciales, equivocaciones, porque en derecho no existe una única respuesta. El cambio se justifica porque "(...) *en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en*

*otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica (...)*⁴⁹³. La historia no es plana, los hechos cambian, la realidad evoluciona y todo ello influye en el pensamiento jurídico; en un sistema normativo siempre existe una tensión permanente entre la seguridad jurídica que otorgan soluciones dadas insertas en los precedentes o en las normas frente al futuro y los nuevos avatares, pero ante todo, la transformación de la sociedad y la búsqueda incesante de justicia material, que demanda de los jueces capacidad y arresto para encarnar el reconocimiento de derechos.

En el ámbito del *civil law* y del *common law*, inclusive en las familias jurídicas de los países socialistas que tienden a perpetuar modelos cerrados, la academia jurídica, la práctica forense de tribunales y cortes, admiten, dentro de las fronteras de su propia tradición la posibilidad de falsear un precedente o una doctrina jurisprudencial o de tomar distancia de ella.

“(…) Esto es muy claro en los sistemas de derecho legislado, en donde la fuente esencial del derecho es la ley, y no la jurisprudencia, por lo cual un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas. Pero incluso en los sistemas del *Common Law*, en donde el derecho derivado de los precedentes judiciales o “*case Law*” es fuente básica del ordenamiento jurídico, el principio del “*stare decisis*” o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto, puesto que las más altas corporaciones admiten que pueden apartarse de un precedente, con el fin de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencial”⁴⁹⁴.

Incluso en uno de los países más representativos del *common law*, efectuó un cambio normativo, para procurar una dinamicidad de las decisiones judiciales, en concordancia con un derecho vivo que se adapte a los cambios sociales. “(…) *Así, Inglaterra durante siglos adhirió de manera muy rígida a la fuerza vinculante de los precedentes; sin embargo, las propias necesidades del derecho en una sociedad compleja llevaron a la Cámara de los Lores a abolir, en julio de 1966, la regla según la cual ella quedaba atada de manera absoluta a sus decisiones anteriores*”⁴⁹⁵.

En efecto, tan alta e histórica corporación inglesa, siempre ha considerado indispensable y necesario el respeto al precedente, confiada en la certeza de la decisión y en la confianza que depara al futuro, sin embargo, también cree que la adhesión irrestricta o rígida puede engendrar injusticia y obstaculizar el desarrollo

⁴⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

⁴⁹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

jurídico⁴⁹⁶. De modo que las condiciones históricas pueden jalonar para que un juez o una corporación se aparte de un antecedente. Sin embargo, en el caso inglés, la Cámara precisó, que la nueva regla era facultad exclusiva suya, y no para los otros jueces, al estar sujetos a los precedentes o modificaciones que introduzca la alta corporación, o la ley los modifique.

En Estados Unidos de Norteamérica se dice, que el *overruling* o “cambio de ruta” es la invalidación o modificación de un precedente particularmente controvertido, que surge, como respuesta a la fuerza limitante del “*stare decisis*”⁴⁹⁷, tiene sus orígenes en la *dissenting opinion* o *dissent*⁴⁹⁸ – opinión disidente de Louis Brandeis⁴⁹⁹, Magistrado de la Corte en 1916. Desde su reflexión doctrinal, se convirtió en la justificación teórica de este fenómeno⁵⁰⁰.

Es parte del desarrollo de una doctrina opuesta a la del *stare decisis*, por cuanto la Constitución de los Estados Unidos no menciona ningún precedente y, por lo tanto, no proporciona una guía textual sobre cuándo debe respetarse la decisión del *stare decisis*⁵⁰¹.

La Corte Suprema decide si debe reafirmar *applying* o modificar *overruling* un precedente al interpretar la Constitución, a través de cinco factores históricamente reconocidos considerados “*prudential and pragmatic*”⁵⁰² que buscan fortalecer el Estado de Derecho al mismo tiempo que contemplan los costos y beneficios de la sociedad al reafirmar o modificar un *holding* establecido previamente:

⁴⁹⁶ KEENNAN, Denis. *English Law*. 9ª ed. Londres: Pitman, 1989, pp 130-134. Igualmente ver Francisco Rubio Llorente. “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho” en *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 500 y ss.

⁴⁹⁷ STARGER Colin. *The Dialectic of Stare Decisis Doctrine*. [La dialéctica de la doctrina del Stare Decisis] En: PETERS C. *Precedent in the United States Supreme Court. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. [Precedente en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Derecho de Gentes: Perspectivas comparativas en Derecho y Justicia] Vol. 33, 2013. p. 21.

⁴⁹⁸ Se entiende como una opinión en un caso legal de ciertos sistemas escritos, en el que, uno o más jueces expresan su rechazo u oposición con la opinión mayoritaria de la Corte sobre una decisión judicial. STARGER Colin. *The Dialectic of Stare Decisis Doctrine*. [La dialéctica de la doctrina del Stare Decisis] En: PETERS C. *Precedent in the United States Supreme Court. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. [Precedente en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Derecho de Gentes: Perspectivas comparativas en Derecho y Justicia], Vol. 33, 2013, p. 22.

⁴⁹⁹ MATTEI, Uggo. *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America* [Stare Decisis. El valor del precedente judicial en los Estados Unidos de América]. Milán: Giuffrè Editore, 1988. p. 288.

⁵⁰⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Los overruling de la jurisprudencia constitucional*. En: *Nueva época*. 2016, n° 3 p. 27-92. ISSN:1698-5583

⁵⁰¹ STARGER Colin. *The Dialectic of Stare Decisis Doctrine*. [La dialéctica de la doctrina del Stare Decisis] En: PETERS C. *Precedent in the United States Supreme Court. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. [Precedente en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Derecho de Gentes: Perspectivas comparativas en Derecho y Justicia]. Vol. 33. 2013. p. 21.

⁵⁰² Prudenciales y Pragmáticos. LEGISLATIVE ATTORNEY. *The Supreme Court’s Overruling of Constitutional Precedent* [Las modificaciones del Precedente Constitucional de la Corte Suprema] R45314, En: *Congresional Research Service*, Washington D.C., 2018. p. 2.

1. *Quality of Reasoning*. Calidad de Razonamiento. La Corte Suprema debe considerar la calidad de las razones dadas por la decisión anterior⁵⁰³.
2. *Workability*. Facilidad de Trabajo. La Corte debe considerar si las reglas o estándares del precedente son complejas o difíciles para ser seguidas por las Cortes Federales inferiores, o por otros intérpretes que lo apliquen, en otras palabras, es *unworkable*, entiéndase como impracticable o inviable⁵⁰⁴.
3. *Inconsistency with Related Decisions*. Inconsistencia con decisiones relacionadas. El tercer factor que la Corte Suprema debe tener en cuenta para adoptar o modificar el precedente es analizar si este último proviene de otras decisiones de la Corte sobre asuntos constitucionales similares, lo anterior, como quiera que el *reasoning* del precedente pudo haber sido *undermined* o derogado por decisiones posteriores, o porque el precedente es de un caso reciente y diferente⁵⁰⁵.
4. *Changed Understanding of Relevant Facts*. Entendimiento modificado de hechos relevantes. La Corte Suprema ha indicado que es necesario considerar que los cambios en los cuales la Justicia y la sociedad entienden la decisión, pueden derogar la autoridad del precedente, llevando a la Corte a modificarlo⁵⁰⁶.
5. *Reliance*. Confianza. La Corte Suprema debe considerar la confianza como último elemento para conservar o no el precedente, inclusive si es defectuoso; lo anterior, porque *overruling* o la modificación de la decisión llevaría a lesiones de terceros, bien sean, individuos, u organizaciones, el legislativo, ejecutivo, la rama judicial o inclusive la sociedad que ha confiado en la decisión establecida como precedente⁵⁰⁷.

En el Reino Unido, únicamente, dos tribunales pueden aplicar el *overruling*, el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) y el Tribunal Supremo (*Supreme Court*), para modificar el precedente en un caso posterior.

El *overruling* se diferencia de otra técnica de flexibilización del precedente llamada “*reversing*” o reversa. En principio, los órganos judiciales deben seguir la jurisprudencia de rango superior o igual, pero no los de rango inferior, en consecuencia, frente a un caso de doble instancia el superior jerárquico puede contemplar la posibilidad de dejar sin efecto la sentencia del Tribunal inferior. Este fenómeno se denomina *reversing*.

5.10.4 El *Self Restraint*

⁵⁰³ *Ibidem*.

⁵⁰⁴ *Ibidem*.

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

⁵⁰⁶ Prudenciales y Pragmáticos. LEGISLATIVE ATTORNEY. *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent* [Las modificaciones del Precedente Constitucional de la Corte Suprema] R45314, En: *Congresional Research Service*, Washington D.C., 2018. p. 2.

⁵⁰⁷ *Ibidem*.

Se define como autocontrol, o “*control of your own actions*”⁵⁰⁸; es el ejercicio de revisión, reformulación, reelaboración o autocontrol que ejerce el propio juez creador de un precedente como soberano respecto del mismo para revisar su propia doctrina o criterio o para autocontrolarse en pos de guardar coherencia con los principios, valores y derechos que inspiran un determinado sistema jurídico, en una formación o período. Es autocontrol al no tener un superior que revise sus fallos de última o de única instancia.

En el sistema jurídico de EE.UU., en ciertas oportunidades, el juez no puede decidir casos simplemente por referencia a la voluntad de otros legisladores, o a los jueces que decidieron casos anteriores, o a los autores de la Constitución; en esas condiciones, el juez debe basarse en sus propios valores y preferencias para llegar a una decisión⁵⁰⁹.

Esta facultad del juez para ejercer el *self-restraint*, implica que no solo es coherente, sino que también goza de la aprobación pública suficiente para abogar por el autocontrol en sus decisiones.

En Colombia, la aplicación del principio *self-restraint*, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-076/18, precisó:

“Las tensiones derivadas del reparto de competencias entre el legislador (en este caso en su función de constituyente derivado) y el control de constitucionalidad, han sido zanjadas por algunos tribunales acudiendo a principios hermenéuticos como la autocontención judicial (judicial *self-restraint*). A la luz de dicho principio de interpretación los miembros de los tribunales constitucionales deben restringir el poder de las corporaciones a las que pertenecen cuando son inexistentes los límites externos”⁵¹⁰.

La Corte igualmente, trae a colación a Thayer, para definir el principio: “*Según Thayer la autocontención judicial configura un límite competencial en las decisiones adoptadas por cada uno de los poderes públicos del Estado Posner, por su parte, explica la autocontención judicial en términos de antónimo del vocablo “activismo judicial” (judicial activism), proponiendo que ese concepto se traduce en límites al ejercicio de la función judicial*”⁵¹¹; dichas fronteras están sujetas a las siguientes subreglas:

“(…)(i) la identificación de las posibles consecuencias institucionales que podría traer el ejercicio de un poder judicial excesivo; (ii) no permitir que las decisiones

⁵⁰⁸ Traducido significa “Ejercer su propio autocontrol.”. *Cambridge Advance Learner’s Dictionary [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p.1296.

⁵⁰⁹ POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint [El significado del autocontrol judicial]*. En *Indiana L Law Journal*. Vol. 59, n°1, 1983.

⁵¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-076. Expediente RPZ-009. (25, Julio, 2018). M.P. Alberto Rojas Ríos [en línea]. Bogotá, D.C.: 2018 [consultada el 27 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-076-18.htm>

⁵¹¹ *Ibíd.*

se produzcan con el fin de posicionar posturas políticas; (iii) la cautela y la prudencia en las providencias cuando en ellas se discutan posiciones personales y políticas; (iv) evitar al máximo que los fallos impliquen creación de derecho o normas de rango constitucional; y, (v) respetar las competencias que la constitución le asigna a los jueces, así como las funciones de las otras ramas del poder público⁵¹².

Ahora bien, la función del Control de Constitucionalidad dada a los máximos Tribunales, no está delimitada en la Carta Política, concediendo una capacidad casi sin límites al poder de las Cortes, encargadas para ello.

En este ámbito, la Corte Suprema de Justicia Norteamericana, fue la primera corporación judicial en la historia que definió y utilizó el principio:

“Históricamente, la doctrina de la autocontención judicial fue creada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos para delimitar los ámbitos de aplicación de la *judicial review*, es decir del control de constitucionalidad en las decisiones adoptadas por otros órganos estatales. Dicha garantía se concreta mediante una abstención del juez constitucional de abocar el examen de asuntos que desbordan sus competencias. A partir de dicha teoría la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha utilizado el concepto de autolimitación judicial en dos hipótesis. De un lado, ha empleado esa doctrina para rechazar su jurisdicción sobre los temas relativos a la “*doctrine of political questions*”, que significa desechar los casos que implican una pregunta política y no jurídica. Y, de otro lado, ha aplicado la autolimitación cuando ha decidido declarar una ley inválida, siempre que vulnera claramente una norma de la Constitución”⁵¹³.

Bajo esta perspectiva, el principio puede aplicarse en temas de fondo o de forma, “*Según Roche, las técnicas de la “judicial self-restraint” pueden ser de naturaleza procedimental o sustantiva. Se estará ante la primera cuando se evite avocar conocimiento, in limine, de temas que estén por fuera de su competencia; será la segunda, en los supuestos en que el juez entienda que no se está ante un tema de carácter judicial*”⁵¹⁴.

A modo de ejemplo, la autocontención como instrumento hermenéutico en el ordenamiento interno, lo empleó la Corte Constitucional en la Sentencia C-303 de 2010, en razón, de una demanda de inconstitucionalidad por vicios de competencia en la ley de la reforma política, identificando cuales son los objetivos del *judicial self-restraint* y la justificación del mismo:

“El ejercicio de esa competencia exige de la Corte una actividad cuidadosa, guiada en todo caso por la autorrestricción judicial, que permita cumplir simultáneamente con tres objetivos: (i) salvaguardar la identidad de la Constitución de ejercicios arbitrarios del poder de reforma que transformen sus ejes definitorios; y (ii) permitir que la Carta se adapte a los cambios socio políticos más trascendentales,

⁵¹² *Ibidem*.

⁵¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-076. Expediente RPZ-009. (25, Julio, 2018). M.P. Alberto Rojas Ríos [en línea]. Bogotá, D.C.: 2018 [consultada el 27 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-076-18.htm>

⁵¹⁴ *Ibidem*.

mediante el uso de los mecanismos de reforma que prevé el título XIII de la Constitución, esto como condición para la supervivencia del ordenamiento constitucional ante la dinámica propia de las sociedades contemporáneas; y (iii) evitar, de forma estricta, que el juicio de sustitución se confunda con un control material de las reformas constitucionales, tarea que en modo alguno hace parte de las competencias de la Corte”⁵¹⁵.

En consecuencia, uno de los fines que apremia, es permitir el cambio de la Constitución adaptándola a nuevas realidades, evitando así, que la perspectiva subjetiva del juez, impida el ajuste normativo a los cambios sociales exigidos por las nuevas generaciones de ciudadanos. *“La Corte ha fijado criterios de prudencia judicial para orientar el control de los actos reformativos de la Carta e impedir que el subjetivismo determine la conclusión del juicio de sustitución. En esa dirección, esta Corporación ha delineado los rasgos generales del método que ha de aplicarse para identificar sustituciones totales o parciales de la Carta, aunque no ha desarrollado ni precisado sus componentes”*⁵¹⁶.

Aunado a lo precedido, se entrelaza al concepto de la sustitución constitucional, evitando el uso indiscriminado de la precedida elaboración jurisprudencial, en virtud del principio de autocontención:

“La declaración de esta Corporación, afirmando que un acto legislativo constituye una sustitución, debe someterse a estrictas condiciones que hacen de esta hipótesis un evento excepcional, donde debe primar la prudencia y la autocontención (*self restraint*) del Tribunal Constitucional. En efecto, debido a que la doctrina de la sustitución (i) plantea dificultades interpretativas especiales asociadas a la definición y aplicación de conceptos tales como “eje definitorio, esencial, axial” o “reemplazo de la Constitución” y (ii) limita el poder de revisión constitucional (...). A estas razones, que explican la naturaleza extraordinaria del control, se suma (...) que el examen constitucional de los actos que la reforman, debe limitarse única y exclusivamente al juzgamiento de los vicios de procedimiento en su formación”⁵¹⁷.

Como colofón, la Corte debe evitar una aplicación excesivamente estricta, en el control de los vicios formales de las reformas Constitucionales, teniendo en cuenta que, el objetivo es la modificación de la Carta, además, de ajustar el precedente constitucional a las situaciones sociales imperantes. De este modo, la decisión judicial no sea tachada de política y/o subjetiva, se guie por los prejuicios del juzgador:

“(…)[E]s factible concluir que el ejercicio del control de constitucionalidad por vicios de competencia exige que los jueces apliquen el principio de autocontención “*self restraint*”, con el fin de: (i) permitir que la Constitución pueda ajustarse a los cambios sociales, políticos, económicos y culturales; (ii) evitar que las mayorías

⁵¹⁵ *Ibidem*.

⁵¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-076. Expediente RPZ-009. (25, Julio, 2018). M.P. Alberto Rojas Ríos [en línea]. Bogotá, D.C.: 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-076-18.htm>.

⁵¹⁷ *Ibidem*.

prefieran acudir a vías extraconstitucionales para reformar, o incluso destruir, la Carta Política; (iii) impedir que el juicio de sustitución sea percibido por los ciudadanos como el ejercicio de un control material, o incluso político, sobre las reformas a la Constitución; y, (iv) reservarse para casos límite en los [cuales] se ponga en peligro la Constitución”⁵¹⁸.

5.10.5 El *Following*

En el idioma inglés, es una preposición entendida como “*after*”⁵¹⁹ o después; también se usa como un adjetivo que antecede a un sustantivo y significa “*siguiente*”⁵²⁰, y finalmente, se usa como un sustantivo, “*what comes next*”⁵²¹ o lo que ha de venir.

Es la institución consistente en el seguimiento irrestricto del precedente, situación que se presenta cuando la nueva circunstancia objeto de juzgamiento tiene el mayor número de elementos coincidentes, de tal modo, que los hechos y la regla jurídica guarda similitudes o evidentes analogías.

5.10.6 El *Distinguishing* o inaplicabilidad del precedente anterior

Es una técnica para aplicar el precedente en forma flexible; en su sentido literal se define como “*makes someone or something different from people or things*”⁵²². Se caracteriza porque, el caso objeto de estudio no se subsume en los supuestos del precedente vinculante, de tal manera que, se adopta una posición diferente que se distingue en relación al precedente.

El *distinguishing* es la posibilidad que existe en forma clara para separarse de un precedente, sea porque se determina o se infiere su inaplicabilidad por tratarse de situaciones de hecho y de derecho diferentes o cuando se justifica porque el caso no es, sustancialmente, similar al que generó el precedente que ahora se rehúsa aplicar.

Como el precedente implica un respeto por las fuentes jurídicas, para no incurrir en burla de ellas, deben aparecer entre el caso anterior y el nuevo, serias y verdaderas diferencias, las cuales no pueden revestir el carácter de aparentes. De tal modo, el juez ante un nuevo asunto para resolver, demuestra que la circunstancia ahora conocida es diferente del caso anterior, por lo tanto, “*distingue*” (*distinguishing*), y sin desconocer la fuerza vinculante del precedente ya fijado, argumenta su inaplicabilidad, por hallarse en una situación relevantemente diferente.

⁵¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-076. Expediente RPZ-009. (25, Julio, 2018). M.P. Alberto Rojas Ríos [en línea]. Bogotá, D.C.: 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-076-18.htm>.

⁵¹⁹ *Cambridge Advance Learner’s Dictionary [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 554.

⁵²⁰ *Ibíd.*

⁵²¹ *Ibíd.*

⁵²² *Ibíd.*, p. 408.

El juez del nuevo asunto halla que aparentemente los casos coinciden, pero los hechos relevantes o la regla jurídica resultan inaplicables para el segundo caso, siendo necesario distinguir al detectar la aparición de elementos diferenciadores frente al primer caso.

En el sistema del derecho inglés se usa cuando el juez considera que tiene motivos para proferir su decisión, en este caso, deberá identificar los hechos que son diferentes o distintivos en el proceso objeto de estudio, a pesar de las analogías que puedan existir. Se trata de un mecanismo muy útil, ya que permite a los jueces cambiar la doctrina, cuando las diferencias entre ambos casos son relevantes, y por consiguiente, se adapta a las nuevas circunstancias y evita decisiones inflexibles⁵²³.

5.10.7 El *Narrowing* o estrechamiento del ámbito normativo del precedente

En lengua inglesa tiene tres sentidos diferentes, el primero, “*small width*”⁵²⁴, se entiende como “*having a small distance from one side to the other, especially in comparison with the length*”⁵²⁵, o una pequeña diferencia entre un lado; el segundo, “*limited*” o limitado y se explica como “*mainly disapproving limited to a small area of interest, activity, or thought*”⁵²⁶ y; el tercero, como “*only just*” o solamente.

Se presenta cuando el juez del segundo caso se ve obligado a recortar los alcances de la *ratio decidendi* inicial, restringiendo su efecto. Significa entonces, *la posibilidad de delimitar el alcance del precedente* por parte del juez ulterior al aplicarlo al nuevo evento. El nuevo juez o el mismo, pero del caso posterior, a pesar de la semejanza, razona e infiere que el precedente o la *ratio decidendi* contenida en el precedente viene, por ejemplo, formulada en forma amplia, encontrando razones meramente con carácter de *obiter dicta* o incidentales, que no aparecen ligadas con la cuestión materia de juzgamiento, hallando un camino fértil para circunscribir su aplicación o su alcance.

5.10.8 El *Broadening* o ampliación de los efectos del precedente

Broadening, es el sustantivo del verbo “*broaden*” entendido como ensanchamiento en su sentido literal. Se define como “*to become wider, or to cause something to become wider*”⁵²⁷. Es la ampliación de los efectos del precedente. Por el contrario,

⁵²³ HUXLEY-BINNS, Rebecca y MARTIN, Jacqueline. *Unlocking the English Legal System [Desbloqueando el Sistema Jurídico Inglés]*. 4ª ed. Londres y Nueva York: Roudledge, 2014.

⁵²⁴ Traduce “Pequeña distancia, estrechamiento” *Cambridge Advance Learner’s Dictionary [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 944.

⁵²⁵ Traduce “Tener una pequeña distancia entre uno y otro lado, especialmente en comparación con el largo”. *Cambridge Advance Learner’s Dictionary [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]*. *Ibidem*, p. 944.

⁵²⁶ Traduce “Desaprobación principalmente limitada a un área pequeña de interés, actividad o pensamiento”. *Cambridge Advance Learner’s Dictionary [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]*. *Ibidem*, p. 944.

⁵²⁷ Traduce “Ensancharse o causar algo para ensancharse”. *Cambridge Advance Learner’s Dictionary [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 174.

al *narrowing*, en el evento ahora planteado, el juez halla necesario amplificar el marco de aplicación del precedente, ejecutando una hermenéutica del caso antecedente, y que es objeto de subsunción al presente. El juez ulterior encuentra que el precedente o la *ratio decidendi* respectiva, viene surtiendo efectos restringidos o viene entendiéndose en forma limitada, y en consecuencia, toma la alternativa de aumentar y desarrollar el efecto del precedente.

5.10.9 El *Undermining*

Es el gerundio del verbo *undermine*, que se define como “*to make someone less confident, less powerful or less likely to succeed, or to make something weaker, often gradually*”,⁵²⁸ el cual, traduce socavar, deteriorar, minar o debilitar, significa, también dentro del ejercicio hermenéutico, sin separarse íntegramente del precedente, exponer razones de debilitamiento.

En el derecho inglés se destacan también:

1. Derogación o cambio de precedente por el propio Tribunal Supremo, modificando antecedentes pasados, también conocido, como *overrule or overturn*.
2. Derogación del precedente por la expedición de una nueva ley por el parlamento.
3. El *order in council*⁵²⁹ o las disposiciones ministeriales que se expiden cumpliendo autorizaciones del parlamento, o en uso de la regia prerrogativa.

5.11 LAS VICISITUDES DEL PRECEDENTE Y SU INCIDENCIA EN AMÉRICA LATINA

Estos fenómenos jurídicos han tenido un desarrollo en el *common law*, pero últimamente han venido incidiendo en forma notoria en la tradición del *civil law*, fundamentalmente en los derechos latinoamericanos, integrando las dos principales tradiciones jurídicas del derecho occidental. Aplicaciones de esta naturaleza las encontramos en el derecho colombiano, en el argentino, en el ecuatoriano, entre otros. Por ejemplo, en el peruano en el expediente 03908-2007 PA/TCI de 11 de febrero de 2009.

Esto ha significado, en principio choque entre tradiciones, posteriormente asimilación y un diálogo y una transformación en la argumentación judicial, ante todo, teniendo en cuenta que el Juez del *civil law*, al menos teóricamente, ha sido educado en el marco de la autonomía e independencia judicial cuya fuente principal de aplicación en la solución de casos es la ley, y la jurisprudencia ha ocupado un

⁵²⁸ Traduce “*Hacer a alguien menos confidente, menos poderoso o menos posible de ser exitoso, o hacer algo más débil, a menudo, gradualmente*”. *Cambridge Advance Learner’s Dictionary [Diccionario del estudiante avanzado de Cambridge]*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 1583.

⁵²⁹ “*Orders in Council are made by the Queen acting on the advice of the Privy Council and are approved in person by the monarch*”. Las órdenes en Consejo son hechas por la Reina de Inglaterra que actúa por consejo del Consejo Privado y son aprobadas en persona por el monarca.

papel secundario, de tal modo que cada juez tendría su propia interpretación, con matices diversos, sin criterio de exégesis uniforme ni de predictibilidad alguna. Esto afecta la igualdad y la seguridad jurídica, elude los propósitos de transparencia porque los justiciables no sabrán cómo en el futuro sus causas se resolverán. Por ello resulta vital, generar una cultura de defensa del precedente como instrumento de protección de los derechos constitucionales.

El fenómeno de la globalización no está desmarcado en el avance del estudio del precedente. La jurisprudencia argentina también ha sido consciente de la importancia de esta institución. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Cerámica San Lorenzo consolidó el criterio de que los jueces inferiores deben aplicar las reglas elaboradas por la Corte Suprema y carecen de fundamento las sentencias que se apartan de ellas, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen la posición sentada por el tribunal en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las Leyes⁵³⁰.

De manera que cada tradición jurídica y, en general, cada ordenamiento adopta unas fuentes determinadas que le dan germen, forman, nutren y regenera jurídicamente. En América Latina, la más importante es la ley, sin embargo, es tarea del juez en cada caso concreto ponerle razón, sentimiento y vida, por medio de la interpretación para aplicarla a los casos concretos que debe juzgar. Si la ley permanece, pero los acontecimientos y las épocas se transforman, corresponde al juez buscar el cambio de las formas interpretativas o de los modos como se ha venido aplicando la ley a los casos concretos.

5.12 LAS ALTERACIONES TÉCNICAS DEL PRECEDENTE PARA LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

El tema de la modificación del precedente ha hecho presencia en la Corte Constitucional colombiana. Así, en la sentencia SU-047 de 1999; Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, al abordar el análisis del precedente, con ocasión del voto parlamentario, se introdujo en la comprensión de algunas de estas instituciones señalando que constituían ciertas técnicas inevitables para la modulación de la fuerza del precedente, expuso:

“(…) En algunos eventos, el juez posterior "distingue" (*distinguishing*) a fin de mostrar que el nuevo caso es diferente del anterior, por lo cual el precedente mantiene su fuerza vinculante, aunque no es aplicable a ciertas situaciones, similares pero relevantemente distintas, frente a las cuales entra a operar la nueva jurisprudencia. En otros casos, el tribunal posterior concluye que si bien en apariencia, la *ratio decidendi* del caso anterior parece aplicarse a la nueva situación, en realidad ésta fue formulada de manera muy amplia en el precedente, por lo cual es necesario concluir que algunos de sus apartes constituyen una

⁵³⁰ ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Sentencia Cerámica San Lorenzo I.C.S.A. VS. Fisco Nacional D.G.I. (30, septiembre, 1976).

opinión incidental, que no se encontraba directamente relacionada a la decisión del asunto”⁵³¹.

A este tenor, traspone nociones del precedente de los sistemas jurídicos del *common law*, tales como el *narrowing*, para limitar el alcance y su fuerza vinculante:

“(…) El tribunal precisa entonces la fuerza vinculante del precedente, ya que restringe (*narrowing*) su alcance. En otras situaciones, la actuación del juez ulterior es contraria y amplía el alcance de una *ratio decidendi* que había sido entendida de manera más restringida. En otras ocasiones, el tribunal concluye que una misma situación se encuentra gobernada por precedentes encontrados, por lo cual resulta necesario determinar cuál es la doctrina vinculante en la materia. O, a veces, puede llegar a concluir que un caso resuelto anteriormente no puede tener la autoridad de un precedente por cuanto carece verdaderamente de una *ratio decidendi* clara”⁵³².

La misma Corte, luego explica, el motivo por el cual ese marco hermenéutico, si bien ha tenido su desarrollo en el derecho privado y en los sistemas del *Common Law*, “(…) es no sólo pertinente y esclarecedor para la discusión sobre el alcance de la cosa juzgada constitucional, sino que, además, armoniza con los criterios que esta Corporación ya ha adelantado en varias oportunidades”⁵³³.

Siguiendo esa línea conceptual la Corte Constitucional expresa: “En otras ocasiones, el tribunal concluye que una misma situación se encuentra gobernada por precedentes encontrados, por lo cual resulta necesario determinar cuál es la doctrina vinculante en la materia. O, a veces, puede llegar a concluir que un caso resuelto anteriormente no puede tener la autoridad de un precedente por cuanto carece verdaderamente de una *ratio decidendi* clara”⁵³⁴.

De todas formas, enfrentar un cambio de precedente, implica un desafío para los más altos tribunales o cortes. Deben evaluar, ponderar, analizar, porque se ponen en juego criterios jurisprudenciales, principios, valores y derechos, intervienen costos jurídicos frente a los derechos de los otros sujetos, la seguridad jurídica, el principio de igualdad, la estabilidad jurídica de una nación, inversiones nacionales o extranjeras, derechos de minorías, etc.

En el caso colombiano, sobre el particular asienta el Tribunal constitucional:

“(…) Una primera conclusión se impone: si bien las altas corporaciones judiciales, y en especial la Corte Constitucional, deben en principio ser consistentes con sus decisiones pasadas, lo cierto es que, bajo especiales circunstancias, es posible

⁵³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

⁵³² *Ibidem*.

⁵³³ *Ibidem*.

⁵³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

que se aparten de ellas. Como es natural, por razones elementales de igualdad y seguridad jurídica, el sistema de fuentes y la distinta jerarquía de los tribunales implican que estos ajustes y variaciones de una doctrina vinculante sólo pueden ser llevados a cabo por la propia corporación judicial que la formuló. Por tal razón, y debido al especial papel de la Corte Constitucional, como intérprete auténtico de la Carta y guardiana de su integridad y supremacía, corresponde a esa Corporación, y sólo a ella, modificar las doctrinas constitucionales vinculantes que haya desarrollado en sus distintos fallos (...)"⁵³⁵.

La Corte Constitucional colombiana ha abogado por buscar seriedad y consistencia, del mismo modo, responsabilidad para el cambio de precedente. En la Sentencia SU-047 de 29 de enero de 1999, reitera una idea que ya había expuesto, en la Sentencia C-400 de 1998, consistente en la obligación de respetar el precedente, con la consiguiente posibilidad de que un: "(...) *Tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado*"⁵³⁶.

Aunado a lo anterior, para el juzgador disidente es imperativo realizar un esfuerzo mayor en su argumentación, mediante la elaboración de premisas con suficiente valor retórico, en pos de un de un ordenamiento más justo, para no aplicar el precedente anterior. En lo tocante a este punto, el Tribunal Constitucional expresó:

"Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho" (subrayas no originales)⁵³⁷.

5.13 REGLAS PARA CAMBIAR EL PRECEDENTE

Con base en lo anteriormente reseñado, ha de colegirse que las formas de aplicar la ley, se materializan por medio de las sentencias que constituyen los precedentes, de tal modo que para cambiarlos deben acudir a sus habilidades y capacidades, a la lectura de los acontecimientos y de los signos de los tiempos, poniendo en juego el pasado, el presente y el futuro, porque hay un juego, lo antiguo con lo nuevo, lo precedente con lo ulterior, la seguridad jurídica y la confianza legítima que otorga el precedente, con el futuro que compele dar prospectiva a la ley; lo anquilosado de una tendencia con los nuevos problemas a resolver. En esa dialéctica entre la historia pasada y el porvenir, deben evitarse respuestas fallidas, sobresaltos y

⁵³⁵ *Ibidem*.

⁵³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

⁵³⁷ *Ibidem*.

arbitrariedad. La solución que se brinde, o la nueva interpretación debe estar mediada por la justicia que reclama el caso. De tal modo que, ante los nuevos problemas, si la ley o el precedente se tornan desuetos, la solución que se busque para el porvenir no puede ser errónea, para no incurrir en un problema análogo al que representa aplicar un precedente que ya no es el adecuado.

Para tal efecto, el cambio jurídico se impone observando algunas reglas concretas, a fin de que ello no degenera en la arbitrariedad o en el autoritarismo. Empero, la línea de conducción del cambio debe siempre estar guiada, en todo caso, por los principios, valores y derechos que profesa el sistema democrático, en pos de la protección de los derechos y garantías fundamentales. Algunas de tales pautas son las siguientes:

1. Identificación del precedente hasta entonces vigente. No habrá lugar ni podrá hablarse de cambio de precedente sino se sabe cuál es el precedente o la subregla que se pretende modificar, de tal manera que resulta insensato para un Corte o para un juez al abogar por un cambio de precedente, si no se identifica el que se pretende modificar o sustituir.

En consecuencia, los jueces pueden separarse del antecedente o de la doctrina probable vigente en una época determinada, cuando la ley o la Constitución en la que se ancla, sigue siendo la misma, pero surgen nuevas circunstancias que compelen estructurar una nueva respuesta o una nueva interpretación jurisprudencial. La autoridad judicial puede separarse del antecedente, pero exponiendo con razón y argumentos las razones para ello, con el fin de no infligir el derecho a la igualdad, la seguridad jurídica ni la confianza legítima.

Para lo pertinente, en primer lugar, deben identificar la subregla que se pretende cambiar. En este contexto, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T- 698 de 2004, decisión luego reiterada constantemente, apuntó:

“(…) En conclusión, y de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios entonces, dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad”⁵³⁸ (Subrayado no original).

2. La justificación o carga de argumentación. Es la exposición de razones por las cuales se impone separarse de la jurisprudencia vigente en la cuestión objeto de escrutinio judicial. La justificación del cambio es un elemento esencial para separarse de un precedente. En el derecho colombiano, en forma análoga a lo previsto para la doctrina probable, regulada desde el art. 4 de la Ley 169 de 1896,

⁵³⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expedientes D-6943 y D-69462008. (16, abril, 2008). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 17 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

corresponde a quien se separa del precedente, exponer con transparencia, en forma explícita, con una argumentación consistente las causas y razones que compelen cambiar un precedente, como remedio a los comportamientos dictatoriales, arbitrarios y absolutistas. Se debe exponer por cuál razón el antecedente judicial hasta ahora vigente históricamente no responde a los nuevos problemas, ni a la necesaria adaptación del derecho a los nuevos fenómenos. No solamente puede acompañarse de razones históricas, igualmente podrán ser hermenéuticas, lógicas, epistemológicas, políticas, con carácter suficiente, de tal modo que permitan establecer la necesidad de ofertar un trato diferenciado, que hagan necesario cambiar o divergir. Que por tanto, la interpretación ahora ofrecida desarrolla de mejor manera los derechos, los principios y los valores constitucionales, primando sobre los criterios vigentes y sobre la seguridad jurídica y la igualdad que lo fundamentan.

El juez singular o colegiado se encuentra con el precedente hasta ahora vigente, sin embargo, pretende introducir uno nuevo; por lo tanto, debe falsear el antiguo en su labor de escrutinio judicial, y pasar a demostrar con claridad, especificidad y suficiencia porque su nueva alternativa, constituye mejor propuesta o respuesta al problema jurídico frente a la Constitución y la Ley. Y es desde esta órbita, como se debe entender la autonomía del juez, por cuanto, esta no es sinónimo de arbitrariedad.

Por consiguiente, el nuevo juez puede apartarse del precedente existente en diferentes hipótesis, como cuando compara el antecedente seleccionado con la nueva situación fáctica y encuentra que no coincide con la anterior, y por tanto, no encuentra semejanza. No se trata de identidad, porque ésta únicamente existe frente a sí misma, como cuando decimos A es igual a A, sino de semejanza. Otra situación puede darse, tratándose de “(...) *precedentes contradictorios, el juez posterior ha de ponderar los argumentos de las sentencias en juego antes de decidirse por la que considere más adecuada*”⁵³⁹.

3. Sujeción al principio de supremacía constitucional. El nuevo precedente o la novel interpretación debe estar acorde con el ordenamiento jurídico vigente pero ante todo, con los valores, principios y derechos que inspiran la Carta, procurando demostrar desde éstos estándares porqué la nueva subregla desarrolla una mejor interpretación frente a ellos, ajustándola a las nuevas circunstancias históricas y jurídicas.

4. Que se genere un nuevo precedente vinculante en el fallo corrector. Como el punto objeto de resolución es problemático, porque la ley no lo ha resuelto ni superado, persistiendo una zona de penumbra que el legislador no ha esclarecido, y se está sustituyendo el criterio jurisprudencial hasta entonces vigente, el sentenciador, al mismo tiempo que se separa de la subregla existente, debe explicitar, cuál es la nueva subregla que hacia adelante permitirá resolver los nuevos casos.

⁵³⁹ NIETO, Alejandro. Ponencia: *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. Estudios de Derecho Judicial 34-2001. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p. 121.

5. Fijación de los efectos de la vigencia temporal del nuevo precedente. La necesidad de fijar la oportunidad temporal de la vigencia de la aplicación de la nueva subregla es requisito necesario para no violentar los derechos de los justiciables con cambios sorpresivos. Este aspecto no es de poca monta. Frecuentemente, el juez encuentra problemas, pero aquí surge una situación novedosa, que introduce cambios y puede afectar derechos adquiridos frente a las partes que intervienen porque como miembros de una comunidad jurídica tenían confianza sobre las reglas jurisprudenciales existentes, y que gobernarían el caso en concreto; no obstante, intempestivamente el cambio sorprende. Por ello, no resulta razonable introducir el cambio en la situación fáctica que se juzga, sino explicar que tendrá efectos hacia el futuro.

Las Cortes latinoamericanas, y las colombianas como tales, frecuentemente, omiten cumplir este requisito, e inoportunamente cambian sin distinguir si van a aplicar la nueva subregla con efectos retroactivas para el caso que juzgan ahora o, con efectos futuros o prospectivos.

5.14 EL CAMBIO DE PRECEDENTE O DE DOCTRINA PROBABLE EN EL DERECHO NACIONAL

En Colombia desde 1991 ha sido dinámica y recurrente la discusión sobre las reglas particulares para el cambio de precedente, cuando se ha abordado la doctrina probable. Así por ejemplo, al discutir la exequibilidad del art. 4 de la Ley 169 de 1896, dijo la Corte Constitucional, sosteniendo primero la fuerza de la doctrina probable: “(...) cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación”⁵⁴⁰. El artículo 4 de la Ley 169 de 1896 dispone: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”⁵⁴¹.

En la Sentencia C-836, la Corte Constitucional establece unos parámetros, que son condiciones, para justificar la modificación de la doctrina probable o el precedente:

“(...) En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior. Como se analizó de manera general en el numeral 18 supra, este tipo de error sobreviniente justifica que la Corte cambie su propia jurisprudencia. En segundo lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta

⁵⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836. Expediente D-3374. (9, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil [en línea]. Bogotá, D.C.:2001 [consultada el 1 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

⁵⁴¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 169. (31, diciembre, 1896). Sobre reformas judiciales. Bogotá: Diario Oficial. 1897. No. 10.235.

el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión. En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante. Por lo anterior, en adelante, el artículo 4º (...)⁵⁴².

Posteriormente, abordando en sentido complementario, la misma Corte Constitucional en providencia C-634 de 2011, insistió en la necesidad de someter el cambio de precedente a estrictos requisitos:

“(…) Resulta válido que dichas autoridades [los jueces], merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente (...)⁵⁴³.

Ahora bien, la justificación no es la proposición de cualquier razón, o de una nueva tesis veleidosa, como puede hallarse en la práctica de algunos jueces de nuestras cortes, al punto de hundir un pensamiento jurídico en un camino sin sentido ni brújula:

“(…) Un cambio de precedente no puede ser arbitrario, debe estar suficientemente justificado por el gran impacto que genera, no obstante, un tribunal puede apartarse de un antecedente cuando lo juzgue necesario “(…) pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, **para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior**, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera”⁵⁴⁴.

Prevaleciendo, la motivación fuerte del fallo, como requisito esencial para apartarse del precedente. **“Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza**

⁵⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836. Expediente D-3374. (9, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil [en línea]. Bogotá, D.C.:2001 [consultada el 1 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

⁵⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634. Expediente D-8413. (24, agosto, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>

⁵⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400. Expediente L.A.T.-108. (10, agosto, 1998). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1998 [consultado el 15 de julio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-400-98.htm>

tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho (...) (subrayas no originales)⁵⁴⁵.

Este antecedente fue reiterado por la misma Corte Constitucional en la Sentencia SU – 047 de 1999 al resolver la inviolabilidad del voto de los parlamentarios.

El Estado Constitucional y Social de Derecho, demanda entonces, de todos los jueces, como bastiones de la protección de los derechos constitucionales un compromiso y un respeto con el precedente, el cual se traduce en su observancia mientras se halle vigente y responda a los problemas jurídicos del momento. Pero cuando la doctrina inserta se torne errónea, puede modificarse o cambiarse tras una evaluación cuidadosa, cumpliendo ciertos requisitos para que el cambio devenga legítimo y eficaz.

Asimismo, que sucede cuando existen diferencias entre el precedente de la Corte Constitucional y la doctrina probable, respecto de situaciones fácticas similares, ¿cuál es de los dos es prevalente, una prima sobre el otro? La respuesta no puede ser distinta: Debe imponerse la tesis que más se aproxime al ordenamiento jurídico, a la observancia de la Constitución, al principio de supremacía constitucional, a los principios, valores y derechos por los cuales aboga la Carta, y necesariamente la que se proyecte a la auténtica función de hacer justicia y proteger los derechos fundamentales. Naturalmente que en materia de sentencias de constitucionalidad y sentencias de revisión de tutelas estas tendrán en nuestro ordenamiento efectos *erga omnes* e imperativos las primeras y efectos *inter partes* las segundas salvo que, dispongan otra cosa.

La situación, se ha presentado en reiteradas oportunidades en el ordenamiento colombiano, de manera tal, que existen multiplicidad de decisiones de la Corte Suprema y la Corte Constitucional, en las cuales persisten criterios dispares en la solución de casos similares, con elementos fácticos comunes, y efectos jurídicos disímiles.

Una de las causas comunes del origen de este problema, se da por la constitucionalización del derecho, y la transversalidad de los efectos jurídicos de las “novedosas” garantías constitucionales, de manera que, parte de la doctrina probable puede verse afectada por este fenómeno, ya que su procedencia es anterior del nuevo paradigma Constitucional, pudiendo aparecer anquilosada, frente a los derechos, los valores y principios constitucionales.

Es innegable que la Corte Constitucional ha revocado varias decisiones de la Corte Suprema, verbigracia, en la sentencia SU-432/15, revocó las de las instancias y la de casación, tutelando derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y la igualdad. En la providencia quebrantada, de la Corte Suprema en sede del recurso de casación resolvió, no casar la sentencia del tribunal, que consideraba justa la

⁵⁴⁵ *Ibíd.*

terminación del contrato laboral, basándose en una doctrina probable, respecto del despido justificado de trabajadores con fuero sindical, cuando el cese de actividades es declarado ilegal, sin necesidad de acudir al proceso especial de levantamiento de fuero o alguno otro previsto legalmente.

El máximo Tribunal Constitucional en el caso, revocó en sede de tutela todas las providencias, de conformidad, a una interpretación más garantista en pro del trabajador, limitando la facultad prevista artículo 450 núm. 2 del CST, para el despido. La Corte Constitucional estableció como requisito previo, un procedimiento interno y sumario, con el objetivo del ejercicio del derecho a la defensa y el debido proceso del trabajador, en pro de protección de los derechos fundamentales constitucionales y el principio *pro homine*.

El criterio fundamental entre las varias reglas que atrás se ha expuesto, para que el precedente altere, cambie o modifique la doctrina probable, o viceversa, está centrado, en la argumentación o motivación razonable como requisito obligatorio para apartarse del precedente y de la doctrina probable. En este punto la Corte Suprema de Justicia de Colombia, siguiendo la C-836 de 2001, en la sentencia de tutela del 25 de abril del 2016 de la Sala de Casación Civil y Agraria, expone:

“Existen varias formas para apartarse del precedente. Una, cuando se presenta modificación de la regla de decisión, derivada de la concurrencia de elementos de distinción entre el caso actual y el que, prima facie, se consideró precedente; la otra, el surgimiento de motivos normativos, valorativos o sociales que compelen de tal forma el contexto de la decisión, obligando al juez a replantear la subregla jurisprudencial. Un viraje en el punto demanda asumir exigentes cargas argumentativas (sentencia C-836 de 2001)”⁵⁴⁶.

La misma providencia define estas cargas argumentativas, en primer orden, el juez debe identificar las sentencias relevantes con elementos fácticos similares al caso a resolver, es decir los precedentes o la doctrina probable equiparables, definiéndolo como requisito de “a) *“transparencia”, evento en el cual el juez tiene el deber de identificar las decisiones previas que podrían ser relevantes para la definición del caso objeto de estudio*”⁵⁴⁷.

El paso siguiente, sería identificar las similitudes y diferencias de importancia, relacionados con los elementos fácticos y jurídicos de los precedentes o doctrinas probables con el fallo a tomar, compaginándolos, con la posibilidad de darle un tratamiento igual o, en su defecto, diferenciar con la del caso por resolver. Dicho requisito lo ha denominado la jurisprudencia: “*suficiencia i*” *si se pretende establecer una distinción entre el caso previo y el actual debe identificar las diferencias y similitudes jurídicamente relevantes entre ambos casos y explicar por qué unas pesan más que otras, tal como lo exige el principio de igualdad siempre que se pretenda dar un trato diferente a dos situaciones, en principio, semejantes*”⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia STC2277-2016. (25, abril, 2016). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

⁵⁴⁷ *Ibídem*.

⁵⁴⁸ *Ibídem*.

Igualmente, se complementa con el deber de argumentar, para apartarse del precedente, cuyas premisas argüidas por el juzgador deben adecuarse mejor a los fines y derechos constitucionales. *“suficiencia ii” el juez debe exponer las razones por las cuales la nueva orientación no solo es “mejor” que la decisión anterior, desde algún punto de vista interpretativo, sino explicar de qué manera esa propuesta normativa justifica una intervención negativa en los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, de la parte que esperaba una resolución ajustada a las decisiones previas*⁵⁴⁹.

Aquí es necesario precisar que la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C- 836 de 2001 estimó que los jueces inferiores que desearan apartarse de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia, *“están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia”*⁵⁵⁰; de modo que, al tiempo que se respeta la doctrina probable se garantiza la autonomía e independencia de la rama judicial.

Este punto, resulta muy complejo para los jueces y funcionarios la eventual, acción penal por violación del bien jurídico tutelado, protegido por el tipo penal de prevaricato por acción. En tal sentido, el acusado se encuentra con un grave obstáculo de orden práctico, para cumplir su deber legal respecto de acatar la Constitución y la ley, por la inexistencia de compilaciones actualizadas y accesibles de jurisprudencia de las Altas Cortes⁵⁵¹, como de un catálogo serio de precedentes, doctrinas probables y del océano de normas inclusive contradictorias.

Otro aspecto negativo son las diferencias entre la ley y la jurisprudencia, la primera debe ser debidamente *promulgada y publicada* en el Diario Oficial para ser oponible a los ciudadanos, en cambio, los fallos proferidos por la jurisdicción sólo deben ser *notificados* a las partes, luego el acceso al público y al Juez representa un inconveniente y una tarea difícil⁵⁵² hacia el futuro.

5.15 REGLAS O CRITERIOS PARTICULARES QUE PUEDE TENER UN JUEZ PARA APLICAR UN PRECEDENTE

1. Debe conocer el sistema jurídico del cual forma parte para establecer la pertinencia de aplicar o no un precedente determinado.

⁵⁴⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTITICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia STC2277-2016. (25, abril, 2016). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

⁵⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836. Expediente D-3374. (9, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil [en línea]. Bogotá, D.C.:2001 [consultada el 1 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

⁵⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expedientes D-6943 y D-69462008. (16, abril, 2008). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 17 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

⁵⁵² *Ibidem*.

2. Debe tener en cuenta que no todo lo que aparece en una sentencia o decisión previa que va a utilizar como precedente constituye en su integridad antecedente, además, verificar si de aplicarlo en verdad ilumina la solución del problema a resolver. Ahora seleccionado, debe emprender una tarea seria de analizar la estructura interna del mismo, diferenciando unas partes de otras:

2.1. La contemplación de los hechos a fin de que no lo haga con un criterio de análisis de carácter conceptualista, porque éstos pueden avizorar la pertinencia o no para el caso. Debe ser el análisis fáctico, el primer paso en la selección del antecedente.

2.2. El escrutamiento de las subreglas jurídicas en los casos analizados es el siguiente paso. Las motivaciones o fundamentos declarativos y axiológicos, que forman *las ratios decidendi* o las razones que lo edifican y constitutivas de la razón suficiente del fallo, las reglas conceptuales extraídas de la ley y de los hechos, o de los principios generales de derecho para tratar de buscar las semejanzas y diferencias con el nuevo caso, es la segunda y necesaria labor.

2.3. Las invocaciones subsidiarias o accidentales, u *obiter dicta*, diferenciándolas de las argumentaciones que constituyen la *ratio decidendi*. Las primeras no son el constitutivo del fondo del problema jurídico ni la fuente de las razones determinantes de la decisión, no son imprescindibles, ni justifican la sentencia porque si se reduce la sentencia a sus elementos mínimos de la exigencia democrática de la motivación, las *obiter dicta* podrían ser eliminados, por cuanto el elemento axial es la *ratio decidendi*.

Por supuesto, ello no obsta, para utilizar al futuro, esos elementos motivacionales accesorios pero debe en tal caso, señalarse cuando se les quiere utilizar como antecedente que, no constituyeron la *ratio decidendi* del caso, sino una mera *obiter dicta* para no generar errores futuros, dudas o inclusive, fraude conceptual en la construcción de líneas jurisprudenciales, y ante todo, para que no haya repercusión negativa en los justiciables, presentando como antecedente, algo que en verdad no reviste la fuerza vinculativa para los casos ulteriores. Esto es, un análisis necesario en la aplicación de un precedente o de doctrina probable o jurisprudencial.

5.16 OBLIGATORIEDAD Y SANCIONES EN CASO DE NO OBEDECIMIENTO DEL PRECEDENTE EN COLOMBIA – PREVARICATO

La obligatoriedad de un antecedente se liga esencialmente con las modalidades de precedente vinculante o persuasivo. El primero, en cuanto se torna imperativo para los casos ulteriores y el segundo, al adoptar el criterio de carácter persuasivo. Los dos tienen presencia en el derecho nacional, y fueron adquiriendo carta de naturaleza con la creación de la Corte Constitucional, que en sus palabras describe el fenómeno, y especialmente en relación con el de carácter vinculante y las fuentes productoras del mismo.

“(…) Según se desprende de lo sostenido de manera progresiva por la jurisprudencia constitucional desde los inicios de este tribunal, el precedente

*contenido en sus sentencias, así como en las emitidas por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, también en lo relativo a su función de órganos de cierre, tiene carácter obligatorio frente a la toma de futuras decisiones, y no meramente indicativo como antaño se entendía (...)*⁵⁵³.

Tras señalar la forma como fue ingresando la institución, describe el impacto y los efectos positivos frente a la práctica jurídica: “(...) *Por esta razón, cuando quiera que los jueces de la República, incluso la propia Corte Constitucional, deban resolver un caso que desde el punto de vista fáctico resulte análogo o semejante a otro(s) resuelto(s) en el pasado, que en tal medida tenga(n) el carácter de precedente(s) aplicable(s), este(os) último(s) deberá(n) ser tomado(s) en cuenta, en protección de la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima de los asociados*”⁵⁵⁴, por supuesto, el fallo no puede ser idéntico, por cuanto el juez es autónomo e independiente, y goza de la facultad, para hacerse “(...) *aparte de ese precedente y adoptar una solución diferente, pese a la similitud de los casos, siempre que sustente con razones y motivos sólidos, reales y suficientes que así lo justifiquen (...)*”⁵⁵⁵.

La Corte Constitucional colombiana empezó a adoctrinar sobre la obligatoriedad del precedente desde sus orígenes, hacia 1995 y 1996, a partir de fallos de revisión de tutela y decisiones de constitucionalidad: “(...) *Gran trascendencia tuvieron dentro de esta perspectiva las decisiones a través de las cuales este tribunal se refirió a la noción de doctrina constitucional, diferenciándola de la simple jurisprudencia, a propósito de las precisiones contenidas en el segundo inciso del artículo 230 superior, en torno a los criterios auxiliares de la actividad judicial (...)*”⁵⁵⁶.

El juez goza de independencia y autonomía para separarse del precedente, empero, cuando se sustrae de su observancia inmotivadamente, puede ser objeto de prevaricato. La Sentencia C-335 del 2008, definía una acción de inconstitucionalidad contra el art. 413 de la Ley 559 de 2000, precepto consagratorio del tipo penal de prevaricato; sobre el particular trae una afirmación con estatura de *ratio decidendi*, señalando que la contradicción de las jurisprudencia de las altas cortes no da lugar a la comisión del delito de prevaricato por acción, salvo cuando se trate de la jurisprudencia sentada en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes, por virtud de lo previsto en el art. 243 que consagra el principio de la cosa juzgada constitucional, según el cual, todos los jueces deben acatar lo decidido en fallos de constitucionalidad.

⁵⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consultada el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

⁵⁵⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consultada el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

La conducta consistente en proferir “*resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley*”, para el caso del precedente, por desconocimiento en la C-461-13, se complementó al exponer:

“(…) [O]curre cuando la jurisprudencia desatendida es la contenida en las sentencias emitidas por este tribunal en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, lo mismo que cuando el desconocimiento de la jurisprudencia traiga consigo la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general. Esta conclusión sin duda constituye una nueva reiteración de la consistente postura de esta Corte, respecto de la trascendencia y obligatoriedad de los precedentes judiciales (…)”⁵⁵⁷.

La Sentencia C-335-2008, analizando el efecto vinculante de la jurisprudencia de las altas cortes, desdeñó una interpretación literal del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que ve ese tipo de jurisprudencia, apenas, un criterio auxiliar u orientativo, no vinculante. Para lo pertinente, afirmó: “*Desde un punto de vista de dogmática constitucional, autores clásicos como Chamberlain*⁵⁵⁸(…), *sostienen que el respeto por los precedentes se funda en un tríptico: protección de las expectativas patrimoniales, seguridad jurídica y necesidad de uniformidad de los fallos. Sin embargo, en últimas, todas ellas se subsumen tanto en el principio de seguridad jurídica como en aquel de igualdad: casos iguales deben ser resueltos de la misma forma*”⁵⁵⁹.

Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia de las altas cortes, da mayor coherencia a un sistema jurídico en cualquier país porque contribuye a la protección de los derechos fundamentales. Por supuesto, esto no significa, resistir los cambios sociales y económicos de una sociedad, empero, cuando casos semejantes son fallados de igual manera, hay una expresa apuesta por la protección del derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica.

La propia Corte Constitucional, vino reconociendo la importancia de los antecedentes de las altas cortes, desde la Sentencia C-083 de 1995, cuando afirmó que las sentencias proferidas por los entes ubicados en el vértice judicial, más allá del imperio de la ley, tienen el carácter de fuente obligatoria para las propias cortes y para los jueces de inferior categoría, añadiendo que precisamente por “(…) *la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad (…)*”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

⁵⁵⁸ CHAMBERLAIN. *The doctrine of stare decisis as applied to decisions of constitutional questions. Harvard Law Review*, 1889.

⁵⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expedientes D-6943 y D-69462008. (16, abril, 2008). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 17 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

⁵⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expedientes D-6943 y D-69462008. (16, abril, 2008). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 17 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>. Reiterando en el texto la sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Diaz.

La vigencia del Estado de Derecho y la consecución de la democracia constitucional exigen fortalecer los derechos, fundamentales, entre ellos, el de igualdad. Una forma concreta para su consolidación, la cumplen los sistemas jurídicos que aceptan el recurso de casación por cuanto éste es precisamente procura unificar la jurisprudencia, medio idóneo para apuntalar el derecho a la igualdad.

En materia de tutela, igualmente, la Corte Constitucional ha fincado la atención para mostrar a través de algunas decisiones relevantes la importancia de observar el precedente. Por ejemplo, en la Sentencia T- 260 de 1995 la Corte inició el reconocimiento del carácter vinculante de sus fallos de tutela analizando el principio de autonomía judicial y el derecho ciudadano al juzgamiento igualitario, de modo que:

“(…) El contenido de [los] preceptos no puede variar indefinidamente según el criterio de cada uno de los jueces llamados a definir los conflictos surgidos en relación con los derechos fundamentales. (...) de tal modo que no puede confundirse con “(...) la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos constitucionales. Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse”⁵⁶¹.

En ese sentido, la fuerza del precedente emana directamente del mismo texto constitucional, y no de la jerarquía del Tribunal, por lo tanto,“(…) *Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar*”⁵⁶².

Dentro del conjunto de sentencias de tutelas, proferidas por la Corte Constitucional a partir de la tarea selectiva de revisión eventual que la propia carta le señala, resulta relevante la T-175 de 1997, porque le otorga un valor superior a las sentencias de revisión eventual proferidas en ese contexto, al ser proferidas por la Corte Constitucional, como autoridad encargada de la guarda de la constitución, porque representan “(...) *un valor agregado de amplio espectro, relativo a la interpretación auténtica de la preceptiva fundamental sobre los derechos básicos y su efectividad*”⁵⁶³. Al profundizar el peso del precedente, enseña que la sentencia

⁵⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-260. Expedientes T-53448 y acumulados. (20, junio, 1995). M.P. José Gregorio Hernández Galindo [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 [consultada el 29 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-260-95.htm>

⁵⁶² *Ibidem*.

⁵⁶³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-175. Expedientes, T-114880 y acumulados. (8, abril, 1997). M.P. José Gregorio Hernández Galindo [en línea]. Bogotá, D.C.: 1997 [consultada el 29 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-175-97.htm>

tiene un doble aspecto, uno subjetivo, referido a la decisión concreta, y otro, objetivo, tocante con la doctrina que pueda construir, con efectos:

“(…) [G]enerales, que implica el establecimiento de jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, y que, cuando plasma la interpretación de normas constitucionales, definiendo el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar -lo cual no siempre ocurre-, puede comportar también la creación de doctrina constitucional, vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas”⁵⁶⁴.

Ese criterio de singularidad y de preminencia, sobre los otros fallos de tutela de los otros jueces ordinarios lo reitera precisamente otra, la T-068 de 2000, de tal modo que “(…) *despojada la función del efecto multiplicador que debe tener la doctrina constitucional, la Corte no sería sino otro superior jerárquico limitado a fallar de nuevo sobre lo resuelto en niveles inferiores de la jurisdicción* (…)”⁵⁶⁵.

Los jueces de instancia deben observar el precedente propio, pero también el de sus superiores, pero principalmente los de casación. En efecto en la T-571 de 2007, en forma puntual enfrenta la función del precedente:

“a). El juez de instancia está limitado por el **precedente** fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta; b) El tribunal de casación en ejercicio de su función de unificación puede revisar la interpretación propuesta por los juzgados y tribunales en un caso concreto, y fijar una doctrina que en principio será un elemento de unificación de la interpretación normativa que se convierte precedente a seguir. c) Si bien, ese criterio o **precedente** puede ser refutado o aceptado por el juzgado de instancia, lo claro es que no puede ser desoído abiertamente en casos iguales, sino que debe ser reconocido y/o refutado por el juez de instancia o tribunal, bajo supuestos específico”⁵⁶⁶.

Ahora bien, dicho propósito afronta el principio de autonomía del juez, no obstante, el objetivo de estas instituciones siempre tiene por horizonte el ordenamiento constitucional:

“(…) d) [E]l precedente, no es el único factor que restringe la autonomía del juez. Criterios como la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, exigen que los pronunciamientos judiciales sean debidamente fundamentados y compatibles con el marco axiológico, deóntico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico; e) Finalmente el principio de supremacía de la Constitución obliga a todos los jueces a interpretar el derecho en compatibilidad

⁵⁶⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-175. Expedientes, T-114880 y acumulados. (8, abril, 1997). M.P. José Gregorio Hernández Galindo [en línea]. Bogotá, D.C.: 1997 [consultada el 29 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-175-97.htm>

⁵⁶⁵ *Ibidem*.

⁵⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-571. Expediente T-1554355. (27, julio, 2007). M.P. Jaime Córdoba Triviño [en línea]. Bogotá, D.C.: 2007 [consultada el 29 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-571-07.htm>

con la Constitución. El deber de interpretar de manera que se garantice la efectividad de los principios, derechos y deberes de la constitución, es entonces un límite, si no el más importante, a la autonomía judicial⁵⁶⁷.

En ese mismo fallo, en algo que no es usual, la Corte Constitucional con relación a los tribunales superiores y su función unificadora de la jurisprudencia, señaló que están llamados a:

“(…) [A]plicar a casos iguales o similares los mismos criterios jurisprudenciales seguidos por sus Salas en decisiones anteriores. Para separarse razonadamente de un precedente establecido por otra Sala o por sí mismos en casos sustancialmente idénticos, los integrantes de la Corporación deben justificar de manera suficiente y razonable el cambio de criterio a fin de resguardar con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad y como las garantías de autonomía en la interpretación judicial protegidas por la Constitución. Tratándose de jueces colegiados la garantía de autonomía e independencia les permite a los miembros discrepantes salvar su voto, pero cuando actúan como ponentes deben respetar los precedentes establecidos por la Corporación como órgano de decisión⁵⁶⁸.

La Sentencia C-252 de 2001 juzgó, por vía de acción, la Ley 553 de 2000, estatuto muy particular de la casación penal. Al analizar el papel del precedente para efectos de decidir litigios casacionales, tocante con los fallos de revisión de tutela, reiteró las consecuencias subjetivas y objetivas, y sobre este último aspecto, e insistió que “(…) *el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del "imperio de la ley" a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución*⁵⁶⁹. Y posteriormente en la misma decisión mostrando, porqué la Corte Constitucional ha procurado una teoría fuerte en materia de precedentes, señala:

“El razonamiento que ha llevado a la Corte Constitucional a adoptar la postura vigente en la materia, es decir, la necesidad de respetar los precedentes judiciales y fallar de igual forma aquellos casos que presentan identidad respecto del problema jurídico debatido, guarda, entonces, una estrecha relación con la defensa de principios esenciales del ordenamiento jurídico –i.e. seguridad jurídica, igualdad, adecuada motivación de las sentencias, unificación de jurisprudencia– que garantizan, a través del seguimiento de una línea jurisprudencial específica, la efectiva administración de justicia por parte del Estado a los particulares⁵⁷⁰.

Vista la fuerza vinculante de la jurisprudencia por medio de precedentes o doctrinas probables, la Sentencia C-335 del 2008, al resolver la inconstitucionalidad de la acción formulada contra el tipo penal 413 (C.P., Ley 599 de 2000), del prevaricato

⁵⁶⁷ *Ibidem*.

⁵⁶⁸ *Ibidem*.

⁵⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252. Expedientes D-2825 y acumulados (28, febrero, 2001). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Bogotá, D.C.: 2001 [consultada el 1 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-252-01.htm>

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

por acción, afirmó expresamente en numeral 8 de su parte considerativa: *“La contradicción de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, per se, como fuente autónoma del derecho, no da lugar a la comisión del delito de prevaricato por acción, salvo que se trate de la jurisprudencia proferida en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que el desconocimiento de la jurisprudencia conlleve la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”*⁵⁷¹.

Dicha sentencia, luego de recapitular los antecedentes jurisprudenciales del precedente, defiende la tesis de la procedencia de la tutela cuando se infringe el precedente vertical o el horizontal, adoctrinando: *“(…) la acción de tutela procede cuando los jueces en sus providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes (precedente vertical) o sus propias decisiones (precedente horizontal) (…)*⁵⁷². Para defender la vigencia e imperatividad del precedente horizontal esta misma providencia y luego encarar el problema del prevaricato por violación del precedente, se finca en la Sentencia T-698 de 2004.

De esa manera un funcionario podría estar incurso en el delito de prevaricato, al desconocer la jurisprudencia sentada por esos organismos, porque *“(…) al apartarse de aquélla se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”*⁵⁷³.

En esas condiciones de la Sentencia C-335, en relación con el prevaricato y la jurisprudencia expone:

*“Corolario de lo anterior es que cuando los servidores públicos se apartan de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción, pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. La anterior afirmación se ajusta a los dictados del artículo 230 Superior, según el cual los jueces en sus sentencias están sometidos “al imperio de la ley”*⁵⁷⁴.

Pero no puede hallarse el prevaricato cuando hay posibilidad de pluralidad, de interpretaciones plausibles.

La situación es completamente distinta cuando se está ante una disposición constitucional o legal que admite diversos significados, es decir, de aquélla derivan distintas normas jurídicas. En tales situaciones, estima la Corte, la existencia de mecanismos en el ordenamiento jurídico encaminados a controlar jurídicamente a los jueces de inferior jerarquía en el sentido de acatar los precedentes sentados por

⁵⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expedientes D-6943 y D-69462008. (16, abril, 2008). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 17 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

⁵⁷² Ibídem.

⁵⁷³ Ibídem.

⁵⁷⁴ Ibídem.

las altas cortes, como los del recurso extraordinario de casación, son suficientes para garantizar el carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por aquéllas, sin tener que recurrir a una medida tan drástica de intervención en el derecho fundamental de la libertad individual, como lo es un proceso penal por la comisión de un delito de prevaricato por acción.

Así mismo, para el caso de los demás servidores públicos no se podría afirmar que, en tales casos, estuvieran actuando de manera “*manifiestamente contraria a la ley*”. En efecto, en tales situaciones no puede hablarse realmente de una resolución “*manifiestamente contraria a la ley*”, por cuanto, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el acto del servidor público o la providencia del juez no resultan ser ostensiblemente arbitrarios o irrazonables. De hecho, suele igualmente suceder que, dado el elevado carácter abierto que ofrece la disposición constitucional o legal, algunas salas de las altas cortes hayan derivado unas normas jurídicas y, otras, unas distintas, con lo cual ni siquiera se cuente con una jurisprudencia considerada constante en la materia.

La Corte Suprema de Justicia siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, estima que a efectos de determinar si realmente un servidor público, en un caso particular, cometió en el delito de prevaricato por acción por desconocimiento de la doctrina probable o jurisprudencia fijada por una alta corte que comporte, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, resulta indicativo tantear si se está en presencia de un notorio alejamiento de una subregla constitucional constante y perfectamente establecida⁵⁷⁵.

Frente a los fallos de reiteración la situación tiene connotación especial. “*Estos se caracterizan por que la Corte (i) simplemente se limita a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada; (ii) su número resulta ser enormemente elevado; y (iii) constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general, por parte del juez constitucional. En ellos, la Corte Constitucional ha acordado un sentido claro y unívoco a la “ley”, en los términos del artículo 413 del Código Penal*”⁵⁷⁶.

La situación es bien distinta ante casos novedosos o sin punto de comparación, donde realmente no se puede hablar de que los servidores públicos hayan desconocido la jurisprudencia sentada por una alta corte la cual conlleve, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general⁵⁷⁷.

Si se trata de doctrina emanada en juicios de constitucionalidad con efectos *erga omnes* o en sentencias de reiteración. Ha sido criterio de la Corte Constitucional al

⁵⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expedientes D-6943 y D-69462008. (16, abril, 2008). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 17 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

⁵⁷⁶ *Ibidem*.

⁵⁷⁷ *Ibidem*.

señalar que cuando un juez profiere “(...) *una decisión que desconoce abiertamente el precedente establecido por una alta corte y lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, puede estar cometiendo el delito de prevaricato*”⁵⁷⁸. No obstante, al demandar la obligatoriedad del precedente parece contradictoria al defender la autonomía e independencia judicial.

En sentencia de casación de 10 abril de 2013, con ponencia del magistrado José Luis Barceló Camacho, la Corte Suprema de Justicia condenó a un Juez por prevaricato al tramitar como ejecutivo, un asunto que debía cursar como ordinario, desconociendo el precedente de la Corte Suprema. Sustenta el carácter normativo y la fuerza vinculante del precedente, basándose en la necesidad de coherencia en el sistema jurídico, de modo que cuando se presenten supuestos fácticos similares, no puede resolverse en formas diferentes, ya que afectaría derechos fundamentales, tales como la igualdad, y principios constitucionales como la seguridad jurídica. Expone que la coherencia sustenta el principio de confianza legítima, depositada por la sociedad en sus jueces para resolver los problemas que le son presentados⁵⁷⁹. Como fundamento, la Corte Suprema retoma los argumentos y se remite a las consideraciones de la Sentencia SU-120 de 2003 de la Corte Constitucional, expresando: “(...) *materializa los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, unidad del ordenamiento y la presunción de buena fe que pesa sobre la actuación de las autoridades judiciales, con el fin de evitar que los jueces actúen arbitrariamente y, de este modo, incurran en una vía de hecho*”⁵⁸⁰.

Defiende, la obligatoriedad del precedente para evitar que los jueces inferiores jerárquicamente, basados en la autonomía y la discrecionalidad de interpretar los textos normativos, puedan afectar los derechos fundamentales de los asociados; reiterando que, la jurisprudencia de las Altas Cortes son una fuente formal del derecho, de la cual derivan su fuerza vinculante, insistiendo : “*las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento, naturaleza que las dota de fuerza vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces*”⁵⁸¹. De consiguiente, es ineludible el acatamiento por las autoridades administrativas y judiciales de la jurisprudencia de las Altas Cortes.

No obstante, plantea una diferencia en la obligatoriedad del precedente dependiendo del tipo de autoridad, si es administrativa, no le es permitido cuestionarlo ni interpretarlo; su deber es cumplirlo integralmente; por el contrario, el juez puede apartarse del precedente, siempre y cuando motive su decisión. “*De allí*

⁵⁷⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-245. Expediente T-4.128.903. (11, abril, 2014). M.P. Mauricio González Cuervo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2014 [consultada 14 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-245-14.htm>

⁵⁷⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SC (10, abril, 2013). M.P. José Luis Barceló Camacho.

⁵⁸⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-120. Expedientes T-406257 y acumulados. (13, febrero, 2003). M.P. Alvaro Tafur Galvis [en línea]. Bogotá, D.C.: 2003 [consultada el 1 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/SU120-03.htm>

⁵⁸¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SC 39456 (10, abril, 2013). M.P. José Luis Barceló Camacho. p. 23.

*que se afirme que el precedente es, en todo caso, obligatorio para las autoridades del orden administrativo, mientras que, respecto de la función judicial, se permite a sus ejecutores apartarse del mismo, siempre que expongan razones atendibles, siguiendo las exigencias argumentativas reseñadas en precedencia*⁵⁸².

Algunas subreglas que se desentrañan de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte, para que el Juez pueda apartarse del precedente vinculante, son las siguientes:

“(i) Que, a pesar de la similitud entre dos supuestos de hecho, de todas formas existan diferencias relevantes que no fueron consideradas en el primer caso, las cuales conducen a situaciones que no resultan comparables; (ii) debido a un cambio social posterior a la primera decisión, en cuyo caso el precedente resulta inadecuado para volverse a aplicar por lo diferente del contexto social; (iii) que el juez concluya que la decisión es contraria a los valores y principios sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico y (iv) en los casos de variación de la norma legal o constitucional interpretada en la decisión de la cual el juez pretende apartarse”⁵⁸³.

En los fundamentos fácticos del caso, el juez Promiscuo del Circuito de Ayapel – Córdoba, que tramitó el ejecutivo laboral de un empleado de la Alcaldía de Ayapel, debiendo ser ordinarios según los fallos condenatorios. El accionante instauró demanda ejecutiva laboral, solicitando el pago de unas acreencias laborales, junto a la sanción moratoria establecida en el art 65 del Código Sustantivo del Trabajo colombiano, utilizando como título ejecutivo las órdenes de pago de su empleadora, una entidad pública municipal para la que laboró. El juez de conocimiento de la acción, libró mandamiento ejecutivo por las peticiones compulsivas del demandante, no obstante, el proveído es revocado por su superior funcional argumentando que el pago de la sanción moratoria debe ser decretado judicialmente en el marco de un juicio declarativo, por virtud del imperio de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Colombia. Posteriormente, el mismo accionante, tres años después, presenta una nueva demanda, con base en iguales hechos y pruebas; el asunto correspondió al mismo juez, el cual, libra mandamiento de pago otra vez, ordena medidas cautelares además, ordena seguir adelante la ejecución y luego dispone la entrega de dineros; empero la decisión no es revocada por no interponerse los recursos pertinentes. Con fundamento en ello, emerge la acción penal, se investiga y condena al juzgador que profirió providencia contraria al precedente vinculante, causa luego agitada en la Sala de Casación penal.

En el contexto de la sentencia de la Corte, el juez condenado por prevaricato no podía apartarse del precedente y de la doctrina probable vigente, porque la motivación de las providencias que así lo pretendan, deben acatar determinadas subreglas todas ellas enfiladas a demostrar la imposibilidad de aplicar el precedente a los nuevos hechos. En el caso concreto para el año 2007 cuando acaecieron los hechos, expuso la Sala, que el Juez Promiscuo del Circuito de Ayapel, además de

⁵⁸² *Ibidem*, p. 22.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 20.

abandonar el precedente vigente, no motivó la providencia de manera “(...) *razonablemente justificad[a] conforme a una ponderación de bienes jurídico en el caso particular*”⁵⁸⁴.

La Corte resalta que, en ninguna parte de la segunda providencia del 29 de agosto de 2007, el Juez acusado, hizo alusión o una razón así fuese sumaria, para desvincularse del precedente del superior jerárquico, que había resuelto revocar sus providencias en el año 2004.

Tampoco, demostró un cambio histórico que permitiera facultar al juzgador desobedecer el antecedente, ni explica en la providencia la necesidad de abandonar la doctrina jurisprudencial argumentando el cumplimiento de un fin constitucional o de un orden más justo. De modo que, el juez no solo rechazó el precedente vinculante, simultáneamente violentó el derecho fundamental al debido proceso, el pertinente al principio de legalidad y a la clase de proceso que debía tramitar, “*Sin duda alguna la actuación del procesado generó graves repercusiones, pues no solamente desconoció frontalmente el debido proceso, en su arista de legalidad de las formas del juicio, sino que, adicionalmente, ocasionó graves perjuicios a la administración municipal*”⁵⁸⁵.

En conclusión, para la corporación no se encuentra ante un funcionario público confundido o equivocado en su raciocinio, teniendo en cuenta que, él abiertamente contrarió el tenor literal de la norma y la *ratio decidendi* del precedente; no obstante, que en un caso idéntico su superior jerárquico le instruyó la forma de proceder, en un punto del derecho, donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema ya había resuelto casos análogos en reiteradas oportunidades. En ese sentido, plasmó: “*De todo lo anterior se infiere que la trasgresión a la ley y a la jurisprudencia fue ostensible y palmaria, no solamente por la clara contrariedad entre lo decidido y la postura judicial vigente, sino porque su superior, en una ocasión anterior, le advirtió al hoy procesado que su discrepancia no era de recibo por contravenir una decisión de la Sala de Casación Laboral*”⁵⁸⁶.

En otro antecedente, la Sala de Casación Penal, a través de la sentencia SP 3120-2018 del primero de agosto de 2018⁵⁸⁷ acentúa la línea jurisprudencial de la sanción por prevaricato a los jueces que se aparten injustificadamente del precedente. El fallo se remite principalmente a los argumentos utilizados en la providencia Sentencia SC 39456 (10, abril, 2013) con ponencia del Mag. José Luis Barceló Camacho, sobre la obligatoriedad del precedente y el deber de motivar las sentencias que se aparten de las *ratios decidendis* vinculantes, so pena, de la sanción por prevaricato.

⁵⁸⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SC 39456 (10, abril, 2013). M.P. José Luis Barceló Camacho. p. 23.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 29.

⁵⁸⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SC 39456 (10, abril, 2013). M.P. José Luis Barceló Camacho. p. 29.

⁵⁸⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP3120-2018. (1, agosto, de 2018). M.P. Eyder Patiño Cabrera.

En el caso, el Juez Primero Laboral del Distrito Judicial de Quibdó, tramitó seis procesos ejecutivos laborales, entre los años 2006 y 2009, contra la Asamblea Departamental del Chocó, resolvió librar mandamiento de pago y decretó medidas cautelares para el pago de unas obligaciones laborales a favor de los empleados de la Asamblea.

El togado en todos los procesos, dispuso el embargo de las cuentas bancarias del departamento. No obstante, en uno de los 6 procesos laborales, él de radicado 2006-361, tras haberse propuesto excepción, en audiencia celebrada el día 29 de noviembre de 2006, dio por probada la excepción de “ilegalidad de la vinculación del Departamento”, argumentando que no era lógico que se embargaran las cuentas del departamento, porque las asambleas departamentales cuentan con “autonomía presupuestal y administrativa para manejar su propio presupuesto”, a pesar de que estas instituciones político-administrativas no cuenten personería jurídica, no resultaba pertinente la medida contra el departamento. Los motivos del Juez acusado para admitir la excepción, los fundamentó en un precedente del Tribunal de Quibdó su superior jerárquico, que desde el año 2005 había asentado sobre este punto un lineamiento, expresando que el deber del juez es ordenar el embargo exclusivamente a los bienes de las asambleas departamentales, cuando era ella el único deudor de las obligaciones, por contar con autonomía presupuestal para asumir el pago de sus deudas.

La Fiscalía con base en esos hechos, acusa al Juez. En el desarrollo del juicio penal el Tribunal de Quibdó lo condena en primera instancia el 14 de julio de 2016 por el delito de prevaricato por acción, decisión apelada por la defensa ante la Corte.

La Sala Penal de la Corte, confirma el fallo condenatorio del Tribunal. En la argumentación novelmente aborda la jerarquía de la autoridad judicial (el Tribunal Superior) que profiere el precedente por el cual se condena, concediendo a la decisión del Tribunal una fuerza normativa semejante, a la de una Alta Corte, asunto que trasciende más allá del punto teórico y afecta la vida práctica, en el quehacer judicial diario. En su consideración los jueces inferiores funcionalmente deben sujeción al precedente de los Tribunales. En esta órbita, la Sala Penal trae como apoyo las consideraciones de la Corte Constitucional, para dar peso a la fuerza vinculante de las decisiones de los Tribunales Superiores:

“[E]n el caso de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, esta Corporación ha destacado que por tratarse de órganos jerárquicamente superiores en el nivel correspondiente, asumen igualmente la tarea de unificar la jurisprudencia dentro de su respectiva jurisdicción, en aquellos ámbitos en que la Corte Suprema de Justicia no ejerce, por razones legales, tal labor.⁵⁸⁸ En ese sentido, esta Corte ha considerado que les son aplicables las reglas sobre precedente y doctrina probable, en la medida en que para lograr la igualdad de trato y la aplicación

⁵⁸⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-688. Expediente T-731444. (8, agosto, 2003). M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá. D.C.: 2003. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-688-03.htm>

correcta del derecho, la unificación de la jurisprudencia es indispensable también a ese nivel⁵⁸⁹.

En esas condiciones, también la jurisprudencia de los tribunales o sus antecedentes o doctrinas jurisprudenciales adquieren efectos vinculantes e irrumpe con una importancia inusitada dentro del ordenamiento interno. No siempre las Cortes de cierre abordan todas las problemáticas que se juzgan en un país, y variadas autoridades judiciales solventan la imposibilidad de la Corte Suprema para ejercer un control integral del acatamiento del precedente, en todos los casos, dada la estructura de la jurisdicción ordinaria, y por tanto, los tribunales en los departamentos o regiones, o los superiores jerárquicos de los jueces deben ejercer la función de unificación jurisprudencial con el fin de lograr la coherencia en el ordenamiento interno. Sobre el particular, expresa la Sala de Casación Penal: “Así, *verbi gratia*, en la jurisdicción ordinaria, cuando se trata de un caso susceptible de casación, este órgano es la Corte Suprema de Justicia, mientras que en aquellos asuntos que no son susceptibles de dicho recurso, los Tribunales Superiores de Distrito se encargaran de establecer el modelo hermenéutico en materia judicial”⁵⁹⁰.

5.16.1 La obligatoriedad del precedente con mayorías precarias⁵⁹¹

Las sentencias por unanimidad o de mayorías precarias de los cuerpos colegiados de jueces constituyen precedente (*ratio decidendi*), aún cuando haya disidencias, por tratarse de la tesis triunfante de la mayoría, aunque parezca una obviedad, así sea la mínima requerida para su éxito. Los salvamentos de voto de los disidentes, no son obligatorios para los jueces o tribunales y, por lo tanto, no constituyen precedente; sin embargo, las tesis expuestas por éstos, no es fortuito, en el futuro próximo o remoto podrán constituirse en posición mayoritaria o aupará a otros jueces para seguirla, abriendo un cambio en la doctrina jurisprudencial, dado su gran valor para la dinámica judicial.

La Sala de Casación Penal recalca la importancia de la decisión de la mayoría, en la Sentencia de 6 de junio de 2012 con ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, respecto de la carencia de fuerza vinculante de los salvamentos de voto.

La Corte, juzgaba y condenó por prevaricato a un juez penal del Circuito de Cartago Valle por hechos relacionados con el ejercicio de su cargo y función judicial, en el trámite de un proceso por la comisión del delito de estafa en concierto con otros tipos penales, como la falsedad. El juez decretó la prescripción de la acción penal oficiosamente, tres años después de realizada la audiencia de acusación, sin que

⁵⁸⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-698. Expediente T-869246. (22, julio, 2004). M.P. Rodrigo Uprimny Yepes [en línea]. Bogotá, D.C.: 2004. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-698-04.htm>

⁵⁹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP3120-2018. (1, agosto, de 2018). M.P. Eyder Patiño Cabrera.

⁵⁹¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia. Radicado nº 36373. (6, junio, 2012). M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

mediara petición de la Fiscalía, con fundamento en el art. 531⁵⁹² de la Ley 906 de 2004, texto consagradorio de un sistema de prescripción especial y de un régimen de transición entre la Ley 906 de 2004 y la Ley 600 de 2000. Esta decisión tras haber sido apelada es revocada por el Tribunal de Buga, superior funcional del togado, porque a su juicio, la prescripción de la acción penal prevista en el 531 solo podía ser decretada oficiosamente por la Fiscalía en el marco de las funciones jurisdiccionales otorgadas por la Ley 600 de 2000, hasta antes de la resolución de cierre de la investigación, quedando proscrita esa facultad en la fase del juicio penal, de conformidad, con un precedente con mayorías precarias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, porque a la sazón existían salvamentos de voto. Añadió que era la tercera vez que le revocaba una decisión en contravía del precedente vinculante de la Sala de Casación Penal. En consecuencia, el Tribunal ordena la compulsar de copias contra el togado, en la medida que era la tercera oportunidad que le revocaba una decisión, basándose en el precedente vinculante de la Sala Penal de la Corte.

Mostrando la disparidad de dos proposiciones diferentes o contrarias, cuando la decisión colegiada no es unánime y es precedente vinculante: la decisión de mayorías y el voto o votos razonados de la disidencia, con relación al acogimiento que el juez inferior dé a una u otra tesis; la Sala Penal enfrenta la conducta del funcionario cuando se separa del pensamiento del precedente o de la doctrina probable fijada por la mayoría y acoge la del voto disidente, razonó la Sala:

“Eventualmente, aunque como se ha indicado es posterior al accionar que se investiga, pudiera entenderse que, en el afán de buscar apoyo a su decisión, el procesado(...), se refiera al salvamento de voto consignado en la decisión del 29 de marzo de 2005, dentro del radicado 21207, en el que el magistrado disidente Dr. PÉREZ PINZÓN, expone algunos argumentos que, en su sentir, apuntarían a demostrar que los jueces también eran destinatarios de la norma y por tanto podían decretar la prescripción extraordinaria consagrada en la Ley 906”.

“En todo caso, el procesado, en el evento de que pretendiese apartarse de las consideraciones de la Corte Suprema y del Tribunal, estaba en la obligación de exponer sus razones, tal como lo ha definido la H. Corte Constitucional”⁵⁹³.

La Corte en la decisión referenciada, advierte la obligatoriedad de la doctrina probable, contestando a los argumentos utilizados por la defensa, que empleaba las premisas del salvamento de voto de esa doctrina jurisprudencial incumplida o pretermitida, para justificar su rebeldía. Para la Corte es diáfano el carácter

⁵⁹² Los incisos uno y dos del art. 531 señalaban: “Los términos de prescripción y caducidad de las acciones que hubiesen tenido ocurrencia antes de la entrada en vigencia de este código, serán reducidos en una cuarta parte que se restará de los términos fijados en la ley. En ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a tres (3) años. “En las investigaciones previas a cargo de la Fiscalía y en las cuales hayan transcurrido cuatro (4) años desde la comisión de la conducta, salvo las exceptuadas en el siguiente inciso por su naturaleza, se aplicará la prescripción”. Este precepto fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C-1033 de dic. de 2006.

⁵⁹³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia. Radicado nº 36373. (6, junio, 2012). M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

normativo del precedente mayoritario, no el de los salvamentos de voto. Sin embargo, con independencia de la tesis prohijada por el Juez, la mayoritaria o la disidente, el funcionario en su providencia motivo de reproche penal, debió en sentir de la juzgadora penal, argumentar con rigor, si deseaba, utilizar las premisas del salvamento, pero como esa labor no fue realizada por el imputado se frustraba su pretensión absolutoria. Entonces, para la Corte, las razones dadas en el trámite del juzgamiento penal con apoyo en las tesis de la disidencia, son meras excusas que no están consignadas en la providencia que fundó la acusación, y por lo tanto carecen de la importancia como causal de exclusión de responsabilidad, pero ante todo por la carencia de justificación para aceptar o rechazar el precedente en la motivación de la sentencia⁵⁹⁴.

5.16.2 Crítica a las sentencias condenatorias de la Corte, por la configuración del delito prevaricato en la violación del precedente

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal no han estado exentas del análisis ni de críticas o por su conflicto con las subreglas elaboradas por el Tribunal Constitucional, concordantes con el fin, en el afianzamiento del precedente y la construcción de herramientas que permitan salvaguardar su valor normativo.

Como se evidencia en la casuística de las condenas de prevaricato por violación del precedente, existen interrogantes a la argumentación de la Corte. La más grande de las objeciones propuestas, se evidencia en la reserva legal para la creación de delitos por parte de la rama jurisdiccional; dicho de forma concreta, la Corte Constitucional o la de Casación respectiva en materia del derecho penal no puede usurpar el rol del legislador. En tal sentido, dicha función viene desde los inicios del derecho penal en el Estado Moderno. En la teoría del *ius puniendi* moderno su fuente es exclusivamente la ley, preexiste al hecho que se imputa. Algunos críticos aducen que la Corte es ahora legisladora en el derecho criminal, apropiándose de una función congresal, para crear leyes y nuevos tipos penales⁵⁹⁵.

En ese orden de ideas, las sentencias no pueden establecer tipos penales, o ampliaciones de los mismos; en igual sentido, la administración por medio de resoluciones o Decretos, o costumbres, como fuentes formales del derecho, no pueden constituirse en creadoras del derecho penal: *“Por eso, en tratándose de las fuentes del Derecho Penal objetivo (ius poenale) el proceso legislativo penal es su fuente formal, directa e inmediata, y no a través de cualquier ley penal sino de una estatutaria [cfr. art. 152 lit. a) de la Const. Pol.]; no es pensable, entonces, que la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina ocupen ese lugar aunque sí son, por supuesto, fuentes materiales de primer orden”*⁵⁹⁶. Es el legislador como representante de la sociedad y de los intereses generales, el autorizado para determinar qué bienes jurídicos deben ser tutelados.

⁵⁹⁴ *Ibidem*.

⁵⁹⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. La Jurisprudencia como Fuente Formal del Derecho Penal: Prevaricato por incumplimiento del precedente jurisprudencial. En: *Cuadernos de Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, junio, 2013. p. 155. ISSN: 2027-1743

⁵⁹⁶ *Ibidem*.

En consecuencia, los delitos no tipificados en la ley brillan por la ausencia de legitimación conferida en los debates democráticos, porque no permiten definir a la sociedad las prioridades de un derecho penal de mínima intervención, desde el constituyente secundario, luego de una discusión amplia y previa al hecho tipificable.

De modo que una crítica acertada, es la vulneración del principio de legalidad: “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” traducido como “Ningún delito, ninguna pena sin ley previa”. Si se realiza una lectura del artículo 413 del Código Penal “*El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión*”⁵⁹⁷, desde un método de interpretación literal y exegético, se evidencia que en ninguna parte se encuentra el precedente o la doctrina probable, en la conformación del tipo penal correspondiente.

En este contexto, cuando por una línea jurisprudencial otorga fuerza normativa al precedente, para ampliar el tipo penal como el prevaricato por acción⁵⁹⁸, a los sujetos calificados (servidores públicos incluyendo jueces) la cuestión reclama un debate serio frente a las garantías ciudadanas. De tal modo, es posible inferir que existe una violación al principio de legalidad, por adulteración de las garantías mínimas en el ejercicio del *ius puniendi* estatal⁵⁹⁹, al no existir una ley modificando o añadiendo al tipo penal, y por tanto, la Corte en la Sentencia C-335 de 2008, quiebra el “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”.

En materia de sanciones penales por la conducta de prevaricato para funcionarios judiciales, resulta particularmente problemática la imposición de penas aflictivas, cuando el tipo penal carece de precisión con respecto a la violación de una forma determinada o indeterminada de jurisprudencia, porque el imputado se halla en la incertidumbre, quedando eventualmente sujeto a la violación de sus propias garantías. Sí es necesario fijar sanciones cuando haya groseras violaciones a la doctrina probable o al precedente, pero en materia punitiva, reclama, claridad el sistema jurídico, para no incurrir en arbitrariedades a los derechos fundamentales de los jueces.

5.17 ¿CUÁNDO ADQUIRIÓ PRESENCIA EL PRECEDENTE EN COLOMBIA? ETAPAS EN LA ADOPCIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

⁵⁹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el código penal. Bogotá, Diario Oficial No. 44.097.

⁵⁹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expedientes D-6943 y D-69462008. (16, abril, 2008). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 17 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

⁵⁹⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. La Jurisprudencia como Fuente Formal del Derecho Penal: Prevaricato por incumplimiento del precedente jurisprudencial. En: *Cuadernos de Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, junio. 2013. p. 155. ISSN: 2027-1743

El análisis e investigación que del precedente⁶⁰⁰ debe hacerse en Colombia, en forma integral, porque las referencias al mismo son parciales, se ubican, tomando como partida la Constitución Política de 1991, omitiendo la rica historia que se desarrolló durante toda la vigencia de la Constitución de 1886, por medio de la institución de la doctrina probable; de ese modo se ignora también que el precedente como teoría es un injerto, es una transpolación de un método de razonamiento jurídica que opaca nuestra rica historia jurídica.

Los estudios realizados pecan por la parcialidad, se abstienen de analizar la evolución y práctica de la doctrina probable en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. No hay rigor a la hora del análisis por cuanto indistintamente confunden los conceptos jurisprudencia, precedente y doctrina probable, los cuales, como se reveló anteriormente, aun cuando representan características similares se hallan notablemente diferenciados en las tradiciones jurídicas más relevantes. La propia Corte Constitucional colombiana frecuentemente ha utilizado en forma indistinta las categorías.

Cuanto sigue es la presentación de las fases principales del precedente en la Corte Constitucional, sin embargo, no puede ignorarse, sino por el contrario, comprenderse, una importante historia de los siglos XIX y XX, sobre el particular gestada al interior de la Corte Suprema de Justicia, sus Tribunales Superiores, y luego, la tarea desarrollada por el Consejo de Estado y sus Tribunales Contencioso Administrativos.

Los funcionarios judiciales, erróneamente llamados operarios judiciales, no son ni han sido meros digitadores de textos jurídicos. Esa visión es mecanicista y, esconde un modelo tecnocrático. Los jueces han procurado responder a la historia y han apostado por crear verdaderas subreglas, no como fenómeno reciente, atribuido, por ejemplo, en Colombia al campo del derecho constitucional⁶⁰¹. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, históricamente con la función atribuida por el art. 4 de la Ley 169 de 1896, siempre forjó sólidas líneas jurisprudenciales en los más variados aspectos, llenando vacíos legales, ante el carácter abstracto o indeterminado de las normas, para concretar su aplicación, su contenido, su alcance y sus efectos. ¿Cómo explicar, por ejemplo, la suma de posesiones, institución de frecuente aplicación y sin regulación específica cuando se trata de declarar el derecho de dominio?

Estando vigente la Constitución de 1886, resulta de particular singularidad, el nacimiento de una fuerte jurisprudencia constitucional en el control constitucional y en las acciones de nulidad. En efecto, el control de constitucionalidad fue adoptado en 1910, y ello generó un impacto decisivo en la construcción de la doctrina

⁶⁰⁰ La categoría aparece expuesta en la Sentencia C-104 de 1993 de la Corte Constitucional, al postular entre otras cosas que "(...) *la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituye un precedente (...)*" porque tal condición la ostenta la jurisprudencia constitucional. Aquí, justamente reconoce la procedencia del concepto originario del sistema jurídico anglosajón, y la asimilación con el *stare decisis*. Esta tesis luego es reiterada en la Sentencia C-131 de 1993.

⁶⁰¹ PARRA, María Victoria. El precedente Judicial en el Derecho comparado. En: *Criterio jurídico*. Santiago de Cali. Vol. 4, 2004.

probable. Ahora, con la llegada de la Constitución Política de 1991, se dota al intérprete de mecanismos o herramientas para realizar su actividad, dentro del marco del Estado social y Democrático de Derecho, que compromete la garantía real de los derechos fundamentales como uno de los fines del Estado, y la discusión de los problemas jurisprudenciales se liga con la aplicación de las reglas 243 y 230 de la Carta, en relación con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Una de las primeras sentencias en abordar la categoría precedente es la C-104 de 1993, protagónica en definirla, conceptualización luego retomada en múltiples fallos.

La fase previa a 1991, en general está marcada en el derecho nacional por la práctica de la doctrina probable, aspecto que se elucidará en el capítulo siguiente.

En albores de la Constitución de 1991, se dictó la Sentencia C-131 de 1993, que aborda la cosa juzgada constitucional prevista en el artículo 243 Superior, que otorga efectos *erga omnes* a las decisiones de constitucionalidad. Allí se asienta que las sentencias excepcionalmente podrán dar lugar a un precedente y por tanto, se trata de la gestación de esta categoría en Colombia. Por supuesto se prohíjan los efectos universales y absolutos hacia el futuro de las sentencias de inconstitucionalidad.

En la Asamblea Nacional Constituyente, cuando se discutía el proyecto de Constitución de 1991, el delegatario José María Velasco Guerrero, expuso sobre el punto lo siguiente:

“Y ya desde entonces (1910) los fallos que el plenario de la Corte emite en ejercicio del control jurisdiccional, producen efectos universales, “*erga omnes*” y hacen tránsito a la (sic) juzgada constitucional. Por ello el gobierno ni el congreso pueden reproducir el contenido material jurídico del acto declarado inexecutable en el fondo, mientras subsistan en la Carta las mismas normas que sirvieron para confrontar la norma ordinaria en el texto superior. Si así no fuere, la Corte, por virtud de los imperativos universales que emanan de sus fallos de inexecutable, se convertiría en una pequeña asamblea nacional constituyente, en función permanente”.

Hacia mediados de los noventa, la Corte Constitucional retoma una vieja discusión, polemizada fuertemente a finales del siglo XIX, sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia para casos ulteriores, con fundamento, en la decantada institución de la doctrina probable. Empero, la de 1991, es por la incidencia del Derecho anglosajón en su interior, por medio del precedente, institución aparentemente incompatible con la tradición continental europea, inspiradora de nuestro Derecho, como del latinoamericano y europeo.

Al retomar el debate la comunidad jurídica nacional, lo fincó, entre la preeminencia de los artículos 230 y el 243 de la Constitución, aparentemente encontrados. El primero según el cual: “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”, y el segundo, al disponer

que “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

El papel protagónico de esa polémica, lo ocupó la Corte Constitucional; empero, un sistema jurídico no puede tener coherencia, sino se tiene en cuenta a todos los actores de la producción jurídica, que en el caso del Colombiano, apenas uno de ellos es la Corte Constitucional; por eso, la misma Corporación ulteriormente debió reconocer la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de las autoridades disciplinarias, esto es, de quienes desempeñan el vértice en la materia de sus respectivas jurisdicciones y especialidades, porque, esa es una de las formas eficaces de garantizar el derecho a la igualdad como también, para dar mayor seguridad jurídica, y es, posibilidad de erigir un medio eficaz para impedir la arbitrariedad y el autoritarismo.

En Colombia, desde la Constitución de 1991, conforme al art. 230, del mismo ordenamiento hay prevalencia de la ley en las fuentes formales; pero tampoco puede negarse que la jurisprudencia tenga un rol y un valor eminentemente secundario y no sea fuente de derecho, resultando útil únicamente para esclarecer, ilustrar y adjudicar las normas emanadas del legislativo, y por consecuencia, los jueces no estarían vinculados a las decisiones anteriores, ante el fuerte influjo romanista y positivista en nuestro derecho. La Corte Constitucional, muy pronto se introdujo en la lucha de las fuentes formales. En la Sentencia C-355 de 2008, al estudiar si se produce prevaricato cuando se infringe la jurisprudencia razonó, rechazando a quienes creen que ésta sea mero criterio auxiliar: “Una interpretación literal del artículo 230 constitucional indicaría que la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes es sólo un criterio auxiliar de interpretación, es decir, una mera guía u orientación para los jueces, carente por tanto de verdadero efecto vinculante. La anterior hermenéutica resulta inaceptable (...)”⁶⁰².

Desde el art. 243, las sentencias de constitucionalidad tienen el alcance de precedente vinculante para todos los jueces, bastando en este caso una sola providencia, por cuanto en el sistema de fuentes en el Derecho colombiano y en general en los sistemas constitucionales se ubican por encima de la ley ordinaria. Sus decisiones desde este horizonte se convierten, por lo tanto, en reglas generales expuestas en un asunto particular o concreto, que se transforman en parámetro normativo o preceptivo para asuntos análogos que cobija a todos los habitantes del territorio, y por supuesto, a los poderes públicos.

5.17.1 Fase escéptica, secular o dogmática

⁶⁰² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expedientes D-6943 y D-69462008. (16, abril, 2008). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 17 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

Es el período que va desde la instalación de un juez Constitucional autónomo, una vez, escindida la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con la Constitución de 1991, para mutarla en Corte Constitucional. Se hallan entre otras, la Sentencia C-104 de 1993. Decidía una demanda de constitucionalidad, radicada con el número D-164 y presentada contra los incisos primero y segundo del artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, con ocasión del extinto recurso extraordinario de súplica que se formulaba ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, contra autos y sentencias proferidas por las secciones que acogían doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación. La sentencia, declaró exequible la expresión y defendió la tarea unificadora de la jurisprudencia, y el papel positivo que desarrollaría el recurso ordinario de súplica. Es de las primeras en razonar sobre la palabra precedente como categoría de la tradición del *common law*, donde la jurisprudencia es fuente principal, por oposición a la tradición latina sujeta siempre al imperio de la ley, como fuente formal básica, por tanto, “abstracta” y “especulativa”, caso en el cual, la jurisprudencia (en lo juzgado, la administrativa) es apenas criterio auxiliar y secundario. Afirma:

“(…) De un lado, en el sistema anglosajón, práctico y empírico por naturaleza, la jurisprudencia es la fuente principal de derecho, de tal manera que los jueces al momento de dictar sentencia consultan los antecedentes que existan en el conjunto de sentencias precedentes. Se enfatiza en la noción de "precedente". La ley escrita ocupa un lugar secundario. De otro lado, en el sistema latino, más especulativo y abstracto, la ley escrita es la principal fuente de derecho. La jurisprudencia ocupa un lugar secundario (…)⁶⁰³.

La única jurisprudencia obligatoria es la dictada con ocasión del art. 243, consagratorio de los fallos de inconstitucionalidad puntualizando genéricamente:

“Las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del código contencioso administrativo (reproducción del acto suspendido). Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar -art. 230 CP-, para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior⁶⁰⁴.

Como se advierte, aquí la Corte Constitucional con fundamento en el art. 243 de la C. N. de 1991, sostiene dos posturas encontradas en relación con la jurisprudencia: la primera, la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad es precedente judicial obligatorio, y se erige en el único aplicable en Colombia, restringiendo, la creación jurisprudencial de los demás tribunales y jueces, cuyo laborío jurídico, es visto como auxiliar o “secundario”, en los términos del art. 230 de la Carta, y de consiguiente, no constituye precedente vinculante. No obstante, excepcionó, las

⁶⁰³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104. Expediente N° D-164. (11, marzo, 1993). M.S. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993 [consultado el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm>

⁶⁰⁴ *Ibidem*.

decisiones del artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, en la acción de nulidad de contencioso objetivo, pero en forma relativa.

También se encuentra en este período, la Sentencia C-131 de 1993 que revisó la constitucionalidad de algunas disposiciones como el art. 23 del Decreto 2067 de 1991 correspondiente al régimen procedimental de los juicios constitucionales.

En esta decisión inicialmente retoma la categoría de precedente utilizada en la C-104 de 1993 y declara inexecutable la expresión "*obligatorio*" de la regla 23 porque pretendía otorgar carácter obligatorio a la doctrina constitucional. El texto original, muestra el motivo por el cual llamamos esta fase escéptica: "*La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia (...)*".

No hay duda, que la tesis está soportada esencialmente en el art. 230 de la Constitución de 1991. Ese es precisamente el criterio depositado en el art. 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, adjudicando a la jurisprudencia la función de ser apenas criterio auxiliar. De tal modo que en este antecedente la Corte, aboga por la jurisprudencia como fuente formal secundaria. Precisamente, expone con fundamento en el artículo 230, abdicando de la principalía y vinculatoriedad de la producción jurisprudencial:

"Las fuentes están pues constitucionalmente clasificadas en dos grupos que tienen diferente jerarquía:

"Fuente obligatoria: el "imperio de la ley" (inciso 1°).

"Fuentes auxiliares: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (inciso 2°).

"Ahora bien, por la expresión "imperio de la ley" debe entenderse ley en sentido material -norma vinculante de manera general- y no la ley en sentido formal -la expedida por el órgano legislativo-. Ello por cuanto, según se vio, la primera de las normas es la Constitución -art. 4° CP-."⁶⁰⁵.

Acepta el carácter de precedente obligatorio, únicamente el de constitucionalidad, reiterando la providencia anterior la C-104 de 11 de marzo de 1993, donde la propia Corte, como atrás se transcribió, defiende que únicamente, "*(...) la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior*"⁶⁰⁶; pero avanza en la polémica, luego de razonar cuándo una providencia de Constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada, ora explícita o ya implícita, y como prelude se pregunta: "*¿la sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria o es fuente auxiliar?*"⁶⁰⁷, y responde:

⁶⁰⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131. Expediente D-182. (1, abril, 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1991 [consultada el 15 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>

⁶⁰⁶ *Ibidem*.

⁶⁰⁷ *Ibidem*.

“Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice:

“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional **y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares** (negrillas fuera de texto).

“Este texto es idéntico al artículo 243 de la Carta, salvo la parte en negrilla, que es una adición novedosa del Decreto 2067”⁶⁰⁸.

Para puntualizar aún más la respuesta, analizando las partes o elementos considerativos y resolutivos de la decisión, se pregunta, si la parte motiva o cuál segmento de ella hace tránsito a cosa juzgada y adquiere obligatoriedad, y en lo pertinente razona: *“Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia”*⁶⁰⁹, de tal manera, que son las decisiones de constitucionalidad que deben ser obedecidas por todas las autoridades y los particulares, con exclusión de *“(…) las elaboraciones puramente doctrinales, o sea, aquellas que dentro del desarrollo lógico del razonamiento, constituyan el sustento de una conclusión fundamental, pues tales elaboraciones apenas pueden tener el valor y el alcance de la jurisprudencia como fuente de derecho y como tales, participan de su movilidad o de su versatilidad”*⁶¹⁰.

En esas condiciones, las subreglas jurídicas de carácter general y abstracto que motivan la decisión de declarar exequible o inexecutable una determinada disposición –esto es, la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad–, constituyen precedentes judiciales en el derecho colombiano.

Aun cuando la Corte expresa que la jurisprudencia generada en acciones de inconstitucionalidad son decisiones obligatorias con efectos *erga omnes*, esta fuente continúa siendo criterio auxiliar en la concepción de esa época en el Tribunal Constitucional, motivo para denominarla fase incipiente porque defiende la tesis de la prevalencia de la ley material sobre la jurisprudencia; sin embargo, se declara como su intérprete auténtico o autorizado.

La Corte Constitucional entiende que cuanto ella diga qué es la Constitución, se vuelve parte de ella. Este argumento se halla expuesto en la parte conclusiva de la Sentencia C-131 de 1993, cuando puntualiza: *“(…) Para mayor abundamiento la*

⁶⁰⁸ *Ibidem*.

⁶⁰⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131. Expediente D-182. (1, abril, 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1991 [consultada el 15 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>

⁶¹⁰ *Ibidem*. Punto en el cual reproduce una idea de una providencia del Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 9 de septiembre de 1981. Consejero Ponente Dr. Jacobo Pérez Escobar.

Corte ha sostenido en la sentencia precitada que "en síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel(...)"⁶¹¹, idea que luego reitera en la Sentencia C-113 de 1995: "(...) entre la constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta a aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel".

La etapa entonces se caracteriza por el surgimiento de una controversia jurídica que alindera dos posiciones encontradas, la primera, en cuanto defendía una interpretación desde el artículo 230 de la Constitución tocante con que los jueces únicamente estaban sometidos al imperio de la ley, al no existir norma jurídica expresa que impusiera el deber legal de acoger la jurisprudencia, por ejemplo, cuanto se adoctrinaba por vía de tutela por los efectos interpartes, que en sede de revisión eventual, obligara a los otros jueces. Por otra parte, en forma tenue pero segura y progresiva, se impulsa desde el artículo 243, la teoría del precedente obligatorio.

5.17.2 Fase de apertura hacia una disciplina⁶¹² incipiente de la obligatoriedad del precedente de los años 1995—1999

La fase escéptica es superada inicialmente con un grupo de sentencias reivindicantes del papel del precedente, porque se van alejando del criterio tradicional de la fase inicial.

La Sentencia C-083/95⁶¹³, y la doctrina constitucional por medio de la cual se revisa la constitucionalidad del art. 8º de la Ley 153 de 1887, diferencia los conceptos de jurisprudencia y doctrina constitucional, reconociéndole a ésta la labor de integración del derecho ante la existencia de lagunas, y convirtiéndola en obligatoria cuando no se suple el vacío con la aplicación analógica de normas jurídicas.

El concepto de doctrina constitucional que defiende esta sentencia es utilizado para abogar por la teoría del precedente judicial en las sentencias T-123 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-260 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

La sentencia contrasta los conceptos de doctrina constitucional integradora e interpretativa. En relación con la integradora, se finca propiamente en el art. 8 de la Ley 153 de 1887, según el cual "*Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso*

⁶¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131. Expediente D-182. (1, abril, 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1991 [consultada el 15 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>

⁶¹² Algunos opinan que en esta fase se inició la utilización de palabra precedente con sentencia T-123 de marzo 21 de 1995, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz con respecto a las decisiones de las altas cortes, que deberían aplicarse en el mismo sentido formando una línea jurisprudencial. Empero, ya lo expresé la sentencia C-104 de 1993 reiterada en la C-131 de 1993, ya la habían utilizado y, es más adelante, si se trata de ese sentido, con la SU-047 de 1999, donde se habla del concepto con los efectos importantes que despliega.

⁶¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083. Expediente D-665. (1, marzo, 1995). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>

controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho (...). Al motivar la cuestión señala que reviste ese carácter: “(...) cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica (...)”⁶¹⁴, y añade que esta última es la adjudicable a los casos dudosos. Señala que la doctrina constitucional interpretativa ostenta carácter auxiliar o subsidiario e ilustra la actividad judicial y corresponde a la función que le atribuye el artículo 4° de la Ley 153 de 1887, al disponer: “(...) Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes (...)”. “(...) instrumento orientador, mas no obligatorio”⁶¹⁵.

En la sentencia se define la doctrina constitucional, como aquella que surge cuando el juez constitucional desentraña el contenido y fin de una norma superior o la aplica a un caso concreto por tratarse del intérprete autorizado de la Carta, de tal manera que, por su naturaleza, tiene un poder vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución. En ese sentido, las pautas doctrinales trazadas por la Corte, como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política, condicionan a los jueces para atenerse a esa interpretación. De consiguiente, cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma o la aplica, las subreglas que contiene la motivación constituyen doctrina constitucional vinculante y obligatoria.

Vino con posterioridad, la Sentencia T-123 de 1995⁶¹⁶, que realza la importancia de la unificación jurisprudencial porque materializa la igualdad ante la ley y la igualdad de trato por los tribunales, derecho que se vulnera cuando se desconoce una línea jurisprudencial trazada por un alto tribunal generando vía de hecho. Pero al mismo tiempo, defiende el respeto a la doctrina del precedente por parte de los jueces hacia la doctrina de las diferentes Cortes ubicadas en el vértice judicial.

Expone la necesidad de que casos iguales reciban un trato igual por parte de los jueces, asegurando a la vez, la unidad argumentativa y doctrinal. En este fallo se habla expresamente de "precedente", considerando como tales aquellas decisiones judiciales de las altas cortes que, si han sido tomadas en un determinado sentido, deben seguir aplicándose de esa misma manera, por cuanto se ha formado una línea jurisprudencial. Esta no es una camisa de fuerza, el juez puede apartarse si justifica de manera suficiente y adecuada.

La sentencia hace algunas precisiones, respecto de la obligación de la motivación en la Sentencia, en el punto en cuestión expresa:

⁶¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083. Expediente D-665. (1, marzo, 1995). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-123. Expediente T-48378. (21, marzo, 1995). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-123-95.htm>

“Si el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho ha seguido en casos sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial. No podrá reprocharse a la sentencia arbitrariedad ni inadvertencia y, por tanto, el juez no habrá efectuado entre los justiciables ningún género de discriminación. De otro lado, el juez continuará gozando de un amplio margen de libertad interpretativa y la jurisprudencia no quedará atada rígidamente al precedente”⁶¹⁷.

De igual manera, la Corte Constitucional explica las diferencias entre las providencias proferidas por los Tribunales de cierre y los juzgados de instancia, en lo tocante a la fuerza vinculante, tal como se evidencia en el siguiente apartado:

“Cuando el término de comparación no está dado por los propios precedentes del juez sino por el de otros despachos judiciales, el principio de independencia judicial no necesita ser contrastado con el de igualdad. El juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP art. 230), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional”⁶¹⁸.

Ahora bien, en este período, la Corte solo considera vinculante sus decisiones, empero, las providencias del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, las sigue encasillando como un criterio auxiliar, no obstante, respecto de las últimas, dada su función de unificación jurisprudencial, a los jueces y otras autoridades, en caso de no aplicarlas, les impone la obligación de realizar una carga argumentativa para no vulnerar el principio de igualdad, tal como lo expuso:

“(…) Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (…) es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13) (…)”⁶¹⁹.

Denomino a esta etapa “incipiente” porque en la Sentencia T-260 de 1995, tras señalar la imposibilidad de desistir de la acción de tutela en sede de revisión eventual, defiende la obligatoriedad del precedente constitucional, pero con cierto menosprecio por la doctrina probable y el precedente de las Cortes de cierre en las

⁶¹⁷ Ibídem.

⁶¹⁸ Ibídem.

⁶¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-123. Expediente T-48378. (21, marzo, 1995). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 [consultada el 5 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-123-95.htm>

otras jurisdicciones, de tal manera que ello no entrañaría infracción constitucional frente a la coherencia del sistema jurídico; exhibiendo cierto autoritarismo auto jurisprudencial:

“Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (...) las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar”⁶²⁰.

En esa línea de pensamiento, compete a todos los jueces, observar la doctrina constitucional, de otra forma, incurrirían en la violación de la Constitución.

En esta etapa resulta también relevante la Sentencia C-037 de 1996⁶²¹, por medio de la cual se ejerció el control previo y automático de constitucionalidad al proyecto de Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia; en cuanto, interesa a la cuestión que aquí se escruta, estudió la constitucionalidad del art. 48 según el cual *“La parte motiva [de las sentencias] constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general”*.

Después del análisis de exequibilidad, modificó la redacción, del artículo en mención y declaró inexecutable las expresiones *“Sólo”* y *“el “Congreso de la República”* para en consecuencia atribuir carácter obligatorio general a las interpretaciones que ella misma hace *“por vía de autoridad”*.

La Corte Constitucional no hace otra cosa que reafirmar su autoridad para fijar los efectos de las decisiones judiciales, ratifica su titularidad para interpretar con autoridad los alcances de los preceptos legales, analiza los conceptos de cosa juzgada explícita e implícita. No es el Congreso el titular del poder exclusivo de interpretar las normas jurídicas, también lo es la Corte.

Esa providencia encarna un autoposicionamiento de la propia Corte, al punto que años después, en el 2013, en otra Sentencia, la C-461, recuerda: *“(...) Esta decisión reivindicó que la Corte sí tiene esa facultad, al tiempo que destacó el carácter*

⁶²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-260. Expedientes T-53448 y acumulados. (20, junio, 1995). M.P. José Gregorio Hernández Galindo [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 [consultada el 29 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-260-95.htm>

⁶²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Expediente: P.E.-008. (5, febrero, 1996). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa [en línea]. Bogotá, D.C.: 1996 [consultada 15 agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

*general y obligatorio de las interpretaciones resultantes*⁶²². De tal modo que ese monopolio no podía estar en el legislativo, sino también en los jueces constitucionales.

En efecto, en la decisión C-037 de 1996 motivó, la consideración de que el congreso no tiene el monopolio de la interpretación de la Constitución, por lo tanto, dicha tarea hermenéutica también le corresponde a la Corte, exponiendo lo siguiente:

“La jurisprudencia -como se verá más adelante- ha sido clara en definir que la labor de la Corte Constitucional, encaminada a guardar la supremacía y la integridad de la Carta (Art. 241 C.P.), hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental. En ese orden de ideas, resulta abiertamente inconstitucional el pretender, como lo hace la norma que se estudia, que sólo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad”⁶²³.

Ello es válido, y así lo define el artículo 150-1 de la Carta, únicamente en lo tocante con la ley, pero no en lo que atañe al texto constitucional. Agregó, además, que la expresión “*Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general*”, contradice, lo dispuesto en el artículo 158 superior, pues se trata de un asunto que no se relaciona con el tema de la ley estatutaria de administración de justicia. Reitera, entonces que, “(...) *la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio general* (...)”⁶²⁴.

Complementariamente para mostrar la trascendencia de la parte motiva, declaró condicionalmente exequibles los apartes de los numerales 1° y 2° del art. 48 estatutario, porque:

“(…) [L]imitaban el carácter obligatorio de las sentencias emitidas por esta Corte, tanto en casos de control abstracto como de tutela a su parte resolutive, advirtiendo que la parte motiva solo tendría el carácter de criterio auxiliar para la actividad judicial, pues según se explicó, con sustento en pronunciamientos anteriores, aquellos apartes de la motivación que resultaran decisivos o determinantes para llegar a la decisión que se adopta (guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive), tienen también ese mismo carácter obligatorio”⁶²⁵.

Aquí entonces, la Corte Constitucional pone en su punto la labor interpretativa del Congreso fija fronteras, reclama facultad autónoma en la construcción jurisprudencial y desapropia de la potestad monopolística de la interpretación

⁶²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M.P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

⁶²³ *Ibidem*.

⁶²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Expediente: P.E.-008. (5, febrero, 1996). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa [en línea]. Bogotá, D.C.: 1996. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

⁶²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consultada el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

constitucional al Congreso, con fundamento en el art. 150 numeral primero y de la hermenéutica, que hace la propia Corte por medio de las sentencias de constitucionalidad, otorgándole valía al precedente. La primera, relacionada expresamente con la actividad legisladora; y la segunda, con la tarea omnicomprendensiva de guardianía de la Carta como Juez constitucional.

En este período pueden incluirse las sentencias SC-063/98 y SU-047/99, fallos en los cuales la Corte Constitucional trasplantó algunas metodologías sobre el uso y técnica de los precedentes del *common law*, para aplicarlas en sus decisiones judiciales.

Es en la Sentencia SU-047 de 1999, donde expresará exclusivamente y en una forma profunda de lo que debe entenderse por precedente judicial, con la reiterada recomendación de que una disciplina sobre el punto apareja seguridad jurídica, protección de la libertad ciudadana, del principio de igualdad y un mecanismo de control de la propia actividad judicial.

Pero, solo será en la Sentencia SU-047 de 1999, donde se hablará exclusivamente de lo que debe entenderse por figura del precedente judicial, con las naturales recomendaciones para el juez constitucional, de que sus decisiones deben procurar la seguridad jurídica; la protección de la libertad ciudadana, el principio de igualdad y un control de la propia actividad judicial, para que siga las pautas del ordenamiento.

5.17.3 La etapa de consolidación del precedente como imperativo judicial

Constituye esta etapa el apalancamiento definitivo de la disciplina del precedente judicial por parte de la Corte Constitucional, en ese marco de amalgamar y de trasplantar el modelo del *common law* en el derecho nacional, postulando la obligatoriedad del precedente, pero dejando en los jueces la posibilidad y la legitimación para discrepar de un antecedente o de una línea, siempre y cuando expongan clara y razonadamente los fundamentos de su apartamiento.

En esta fase, el precedente aparece como límite y una frontera a la autonomía judicial y a la independencia judicial que debe caracterizar a todo juez, como consecuencia de la concurrencia de varias instituciones y principios de la democracia moderna: 1. La necesidad de aplicar el principio de igualdad, 2. La observancia de la cosa juzgada, 3. El carácter reglado de función judicial en el Estado de Derecho, 4. La buena fe que debe mediar en las relaciones jurídicas, 5. La confianza legítima como derecho de la ciudadanía que debe tutelarse desde el propio Estado y desde todas sus instancias, especialmente desde los jueces, 6. La necesidad de alcanzar un mínimo de coherencia lógica y epistemológica en el sistema jurídico.

En la decisión C-252 de 2001, la Corte definió la inconstitucionalidad de la Ley 533 de 2000. Entre los puntos debatidos el tema central fue la obligatoriedad del precedente para proferir la casación penal.

La Ley 533 de 2000 incluyó en uno de sus artículos la imperatividad de aplicar el precedente en materia de la casación penal, sin realizar un examen riguroso de todos los elementos fácticos y jurídicos de la naturaleza del remedio extraordinario; dando lugar al uso mecanicista del antecedente judicial en la actividad judicial, sin la debida carga de la argumentación, bastando solo citar el antecedente para motivar la decisión de la Sala de Casación Penal. En su interpretación la Corte, expresa:

“En el caso de la norma objeto de estudio, con la consagración del mecanismo procesal de respuesta inmediata se busca alentar el respeto al sistema de precedentes por parte del juez penal que conoce de la demanda de casación: bastará, entonces, resolver el asunto citando simplemente el antecedente. La formulación de la respuesta inmediata en estos términos, otorga una excesiva discrecionalidad al funcionario judicial que resuelve la casación penal, pues el precepto guarda silencio sobre la obligación de motivar el fallo y exponer, con claridad y precisión, las razones por las cuales se reitera determinada línea jurisprudencial”⁶²⁶.

En este contexto, el deber de la motivación en la sentencia es insoslayable en el Estado Constitucional y Social de Derecho, de modo que, el propósito de evitar congestiones en la jurisdicción a través de una aplicación irreflexiva del precedente en la Casación Penal, afecta derechos y garantías constitucionales fundamentales de los asociados, en contravía de prerrogativas esenciales como el debido proceso:

“Así, en aras de una noción eficientista de la actividad judicial y con el propósito de descongestionar el tribunal de casación en materia penal, se están sacrificando derechos de las personas que defienden sus intereses en el proceso de casación, pues en los casos de respuesta inmediata se pretermite la necesidad de motivar la sentencia u observar rigurosamente las formas propias de cada juicio; por esta vía se hacen nugatorios, tanto el derecho al debido proceso consagrado por la Constitución, como la aspiración, connatural a la labor de adjudicación, de contribuir a la realización de la justicia material en cada uno de los casos que se somete ante el juez”⁶²⁷.

En la sentencia en cuestión aunque se declara inexecutable la simple citación del precedente, defiende sus virtudes y la necesidad de adoptarlo porque, para la Corte el valor normativo del precedente en la Casación Penal y otras especialidades del derecho es indiscutible; empero, al aplicarlo es imperativo realizar un examen riguroso de adecuación del antecedente, respecto de los hechos, las consecuencias jurídicas, las normas aplicables y el problema jurídico, con la decisión ulterior en juicio. En lo tocante a este punto, añade:

“El razonamiento que ha llevado a la Corte Constitucional a adoptar la postura vigente en la materia, es decir, la necesidad de respetar los precedentes judiciales y fallar de igual forma aquellos casos que presentan *identidad* respecto del

⁶²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252. Expediente D-2825. (28, febrero, 2001). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Bogotá, D.C.: 2001. [consultada el 1 junio de 2019]. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-252-01.htm>

⁶²⁷ *Ibidem*.

problema jurídico debatido, guarda, entonces, una estrecha relación con la defensa de principios esenciales del ordenamiento jurídico –i.e. seguridad jurídica, igualdad, adecuada motivación de las sentencias, unificación de jurisprudencia– que garantizan, a través del seguimiento de una línea jurisprudencial específica, la efectiva administración de justicia por parte del Estado a los particulares. Ahora bien: cuando se trata de aplicar dicho mecanismo judicial (...) a materias tan delicadas como el recurso de casación en materia penal, es indispensable realizar un examen riguroso de las condiciones en las que la ley pretende alentar el respeto a los precedentes (...)⁶²⁸.

En consecuencia, la Corte declara inexecutable el art. 10 de la Ley 553 de 2000, porque del texto legal no por su trascendencia frente a los derechos en el Estado Constitucional sino por, un uso inadecuado del precedente vinculante de la Sala Penal, con fines mecanicistas y eficientistas, ocasionado un sacrificio de las garantías y prerrogativas constitucionales de los justiciables, criterio insostenible en el marco del Estado Social y Constitucional. En lo particular, expuso:

“Resulta inexplicable, entonces, por qué el artículo 10 de la Ley 553 de 2000 no hace referencia alguna a estos asuntos, prefiriendo confiar el funcionamiento del sistema de precedentes a través de la respuesta inmediata, a la escueta citación de pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, análogos al caso que se estudia, sin cumplir las exigencias mínimas de justificación que deben respetar todos los pronunciamientos judiciales. Por esta vía, se están desconociendo las garantías básicas del debido proceso de los sujetos procesales que intervienen en el recurso de casación, en detrimento de derechos tan preciados para una comunidad democrática como la libertad personal y la primacía de la justicia material en todas las actuaciones judiciales. Estas razones son suficientes para declarar la inexecutable del artículo 10 de la Ley 553 de 2000”⁶²⁹.

En esta etapa vino luego la importante sentencia C-836 de 2002, que declaró executable condicionadamente el art. 4 de la Ley 169 de 1896 que modificó el art. 10 de la Ley 153 de 1887, como respuesta de la Corte Constitucional a algunos de los principales problemas argumentativos que subyacen en las tesis que abogan por el precedente; inserto en la doctrina probable.

Inicialmente se plantea la siguiente inquietud, ¿Los jueces pueden separarse de los precedentes o de la doctrina probable? De alguna manera, ya está respondida en forma negativa la cuestión, pero dejando a salvo las excepciones clásicas del siglo XIX, propuestas por nuestro sistema judicial en forma sabia. Sin embargo, se formula en la C-836 otras cuestiones más concretas: (i). ¿Los jueces de instancia funcionalmente inferiores pueden apartarse de las decisiones tomadas por el tribunal de cierre en su respectiva jurisdicción?; y (ii). ¿Pueden los tribunales de cierre o altas cortes, apartarse de su propio precedente?

En todas las hipótesis, por regla general, la respuesta es negativa, naturalmente, sin llegar al extremo, del absolutismo e ignorancia de no tener en cuenta que “(...)

⁶²⁸ *Ibidem*.

⁶²⁹ *Ibidem*.

*cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia [las cortes] en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación*⁶³⁰. En esa línea de pensamiento, para complementar la respuesta, pasa a señalar, los principales casos o las hipótesis en las cuales es admisible el apartamiento, o la separación de los antecedentes⁶³¹.

Por ello, como finalización del problema central que convocó al litigio constitucional la sentencia, en forma concluyente, expone: *“Primero.- Declarar exequible el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia*”⁶³². En síntesis, los jueces no se pueden separar de la doctrina probable, salvo que argumenten razonadamente.

La C-836 de 2001 es una de las sentencias más relevantes en el análisis del precedente, por el mandato *erga omnes* que sienta para todas autoridades judiciales. Construye una decisión donde articula la doctrina probable, como modalidad extensiva; no exclusivamente para la Corte de Casación, como originalmente se hallaba prevista en el texto, sino la generaliza, a todas las jurisdicciones y sin distinguos, a todos los jueces. De modo que impone la obligación de acatar la doctrina probable o el precedente, según se interprete, no como observancia, consejo o exhortación, sino como deber legal, más allá de la ampliación de la disposición, sin embargo incumbe, *“exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”* cuando se separen o no obedezcan la doctrina probable respecto de un mismo punto de derecho.

Enfrenta el art. 4 de la Ley 169 de 1896, para analizar la fuerza vinculante de los fallos emanados de la Corte Suprema de Justicia, en la pirámide de la jurisdicción ordinaria, las categorías de precedente vertical y autoprecedente. Impone la obediencia al precedente, pero respeta y no desconoce la función creadora del juez a través de la jurisprudencia. Justamente, expresa:

“(…) La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha

⁶³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836. Expediente D-3374. (9, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil [en línea]. Bogotá, D.C.:2001 [consultada el 1 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

⁶³¹ *Ibídem*.

⁶³² *Ibídem*.

autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular (...)⁶³³.

No solo la función casacional recupera su auténtico sentido, sino que adapta la tradición del *civil law* con la del *common law*, conciliando de alguna forma las dos familias jurídicas para obtener la unificación de la jurisprudencia, y en procura de dar coherencia al sistema, como medio para generar confianza legítima, igualdad ante la ley y disciplina jurisprudencial.

Esta sentencia es protagónica en el proceso de la construcción del carácter obligatorio del precedente judicial, racionalizando su aplicación y clarificando cuándo los jueces pueden separarse de él.

En esta fase se halla también el ya analizado fallo C-335 de 2008⁶³⁴ que estudió el planteamiento de un ciudadano en torno a si el injustificado desconocimiento del precedente judicial constituía o no fundamento para la incursión en el delito de prevaricato por acción, circunscribiendo las hipótesis punitivas a la infracción de las decisiones de constitucionalidad, de leyes o cuando el desconocimiento de la jurisprudencia apareja el de preceptos constitucionales, legales o de actos administrativos de contenidos generales.

Otros hitos jurisprudenciales de este interregno se halla en la Sentencia C-820 de 2006⁶³⁵. El artículo 25 del Código Civil fue demandado y se discutió la legitimación o función interpretativa de la Ley. La Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “con autoridad” y “solo” mediante la Sentencia C-820 de 2006. La Corte Constitucional al analizar la cuestión expone que la cosa juzgada busca asegurar el respeto al precedente, y luego del debate de la Sala Plena la decisión final constituye una auténtica mutación al sistema de fuentes en Colombia, apartándose de la tesis de la Sentencia C-037 de 1996 para apropiarse el máximo Tribunal Constitucional del monopolio de la interpretación de la ley por parte del Congreso de la Republica previsto en el art. 150-1 de la Carta, en pos de consolidar la fuerza del precedente.

Igualmente, mediante la Sentencia C-713 de 2008⁶³⁶ en ejercicio del control constitucional automático al Proyecto de Ley estatutaria No. 023 de 2006 Senado y

⁶³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836. Expediente D-3374. (9, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil [en línea]. Bogotá, D.C.:2001 [consultada el 1 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

⁶³⁴COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expedientes D-6943 y D-69462008. (16, abril, 2008). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 17 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

⁶³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-820. Expediente D-6224. (4, octubre, 2006). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [en línea]. Bogotá, D.C.: 2006 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-820-06.htm>

⁶³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713. Expediente P.E. 030. (15, julio, 2008). M.P. Clara Inés Vargas Hernández [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 5 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm>

No. 286 de 2007 Cámara, sobre Ley Estatutaria de Administración de Justicia, se declaró exequible el inciso segundo del art. 16, mediante el cual se introduce la obligación expresa de unificar la jurisprudencia, y para cuya labor las Salas podrán seleccionar demandas de casación, pero bajo el entendido de que la decisión de no selección adoptada al momento de decidir sobre la admisión del recurso de casación será motivada y tramitada conforme a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley, y de que en ningún caso impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto del recurso, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente el recurso de casación. Recuérdese, este proyecto de Ley Estatutaria, dio origen a la Ley 1285 de 2009 reformativa de la Administración de Justicia.

5.17.4 Fase de empoderamiento definitivo del precedente

Se puede ubicar desde el 2011 a la fecha, cuando la Corte Constitucional profiere las siguientes providencias: C-537 de 2010; C-539 de 2011; C-534 DE 2011; C-816 de 2011; C-588 de 2012; C-461 de 2013; y la tutela: SU 354 de 2017, entre otras relacionadas directa o indirectamente con la cuestión.

La Sentencia C-537 de 2010⁶³⁷, analiza la exequibilidad del art. 24 de la de la Ley 1340 de 2009 sobre el Régimen de Protección de la Competencia, cuyo artículo 24 dispuso: *“Doctrina Probable y Legítima Confianza. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”*. Bajo el entendido que *“(…) éste sólo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal*.

Tras abordar la función de vigilancia, control y protección de la libre y leal competencia, prohibición de las prácticas restrictivas e integraciones empresariales lesivas a la libre competencia, y las referidas a las normas sobre publicidad que afecten de manera significativa la libre competencia, constituye doctrina probable y deberá observarse; mas no en cuestiones jurisdiccionales.

De tal manera que puede crearse doctrina probable en sede administrativa, cuando se ejerce la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones. Pero el acogimiento de doctrina probable debe ser motivado, no obstante, la entidad puede apartarse, justificando las razones suficientes para evitar las modificaciones intempestivas y descontextualizadas. Finalmente puntualiza:

“En síntesis, a juicio de la Corte, no existe prohibición constitucional para que a través de la ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter

⁶³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-537. Expediente D-7942. (30, junio, 2010). M.P. Juan Carlos Henao Pérez [en línea]. Bogotá, D.C.: 2010 [consultada el 5 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-537-10.htm>

administrativo, la cual se establece en desarrollo de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar ésta en situaciones específicas, evento en el cual se debe motivar el acto con razones suficientes por parte de la entidad supervisora”⁶³⁸.

Asimismo, en la misma línea se halla la Sentencia C-539 de 2011⁶³⁹, cuando revisa la exequibilidad del art. 114 de la Ley 1395 de 2010⁶⁴⁰, respecto de la obligatoriedad del precedente o la doctrina en materia de lo contencioso administrativo, para las autoridades administrativas. La Corte declara exequible los apartados demandados del art. 114 de la Ley 1395 de 2010, que estipulan: “[las autoridades administrativas] encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros(...)” “(...) que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido [precedentes por parte de los jueces](...)”⁶⁴¹.

De conformidad, a una interpretación exegeta del texto legal atacado en el litigio constitucional, la obligación de los servidores que cumplen función administrativa, es acatar el precedente o la doctrina probable del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia por ser la cúspide de sus respectivas jurisdicciones, olvidando el Congreso colombiano incluir el precedente de la Corte Constitucional en el articulado de la Ley.

La decisión de la Corte Constitucional opta por una interpretación aditiva del art. 114, puesto que las autoridades administrativas están subordinadas al imperativo insoslayable de acatar y respetar las decisiones del máximo Tribunal en materia Constitucional, de manera preferente frente a otras decisiones de la jurisdicción; igualmente, para la administración está vedada la función de interpretar o la posibilidad de apartarse del precedente, porque carecen de autonomía, que si gozan los jueces en sus decisiones.

Aunado a lo precedido, también se halla en la misma órbita la sentencia C-634 del 2011⁶⁴², que juzgando el artículo 10 de la Ley 1437 del 2011, declara la exequibilidad del siguiente apartado demandado: “[las autoridades administrativas] *al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las*

⁶³⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-537. Expediente D-7942. (30, junio, 2010). M.P. Juan Carlos Henao Pérez [en línea]. Bogotá, D.C.: 2010 [consultada el 5 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-537-10.htm>

⁶³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539. Expediente D-8351. (6, julio, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 27 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm>

⁶⁴⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1395 (12, julio, 2010). Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Diario Oficial, Bogotá, D.C. 2010,

⁶⁴¹ Ibid.

⁶⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634. Expediente D-8413. (24, agosto, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>

*sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas*⁶⁴³.

La *ratio decidendi* es similar a la de la Sentencia C-539 de 2011, puesto que el legislador, nuevamente omitió referirse al precedente de la Alta Corporación Constitucional, en la elaboración del artículo 10 de la Ley 1537 del 2011.

Por lo cual, la Corte Constitucional plasma que la hermenéutica correcta del apartado demandado debe realizarse de manera condicionada, en el entendido que las autoridades administrativas deben tener en cuenta, de modo preferente las decisiones de la Corte Constitucional y posteriormente las sentencias de unificación del Consejo de Estado, por virtud de ser el Tribunal Constitucional el máximo guardián de la Carta Política, garante del principio de supremacía constitucional y de los derechos fundamentales de los asociados.

La sentencia C-816 del 2011 con M. P. Mauricio González Cuervo, en relación con el artículo 102, incisos 1º y 7º de la Ley 1437 del 2011, aborda la posibilidad de solicitar por parte de la ciudadanía los alcances del precedente frente a las autoridades administrativas. Esta sentencia declaró la exequibilidad condicionada del artículo, y defendió la aplicación directa de los precedentes judiciales no solo por parte de los funcionarios judiciales, sino también por las autoridades administrativas.

La C-816 de 2011, analiza la omisión legislativa relativa, por cuanto el Congreso de la República no emitió reglas sobre el precedente constitucional, pero sí para el precedente judicial (ordinario, y el contencioso administrativo), por vía de la jurisprudencia de unificación, haciendo uso de su facultad de “libre configuración legislativa”. Entonces, estudia el derecho ciudadano para pedir la aplicación del precedente sin acudir a la vía judicial, por cuanto las autoridades administrativas quedan obligadas al precedente judicial. No obstante, encara el significado del precedente constitucional y sus efectos, así como la obligación de acatarlo por parte de las autoridades administrativas, como avance extraordinario para la descongestión judicial, de modo que los ciudadanos acudan ante el juez cuando no lo apliquen o lo hagan defectuosamente las mencionadas autoridades.

En consecuencia, para la Corte Constitucional es un imperativo constitucional y legal, la naturaleza del precedente como fuente de derecho en la jurisdicción ordinaria y en lo contencioso-administrativa. Por supuesto, el precedente constitucional prevalece sobre las interpretaciones de los demás jueces y, por lo tanto, también a las autoridades administrativas, atañe darles aplicación y cumplimiento a la doctrina inserta, en ellos.

⁶⁴³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 47956 de 18 de enero de 2011.

La providencia C-461 de 2013, continúa afianzando el proceso definitivo del empoderamiento del precedente, al discutir la inconstitucionalidad del art. 17 del C.C., según el cual:

“(…) Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas.

“Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.

En la considerativa del proveído en cuestión planteó que, las sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes* y extensivo. Asimismo, recapituló las principales decisiones que han permitido construir una línea jurisprudencial en la firmeza de la aplicación del precedente, y concluyó:

“(…) [E]n desarrollo de lo previsto en las normas superiores aplicables, particularmente los artículos 228 y 230 de la carta política, a la fecha es claro en Colombia el carácter obligatorio de la jurisprudencia de los órganos de cierre, esto es la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, deber que se entiende referido a la necesidad de tomar en cuenta los precedentes existentes y relevantes en relación con el tema de que se trate, en principio para efectos de seguirlos y aplicarlos, quedando en todo caso abierta la posibilidad de decidir en un sentido diferente, siempre que el juez o tribunal que así lo hiciere, o el propio órgano de cierre autor del precedente, justifique debidamente las razones del cambio”⁶⁴⁴.

Estos mismos argumentos se hallen recopilados por la Corte Constitucional en relación con el alcance de sus sentencias de revisión de tutelas de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-037 de 1996, al adoctrinar: *“el principio de independencia judicial tiene que armonizar con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad; la jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de unificación doctrinal, persigue la realización del principio de la igualdad”*. Aquí se reafirma el argumento esgrimido por la Corte en la Sentencia T-123 de 1995.

Se trata de una línea jurisprudencial, consistente en pro de la obligatoriedad de las sentencias de revisión de tutelas de esa corporación. Así mismo, se explicó que éstas servían de criterio auxiliar para los jueces, no obstante, se hace referencia a su valor de precedente para casos futuros, cuando sus fundamentos fácticos puedan ser análogos.

Ahora bien, la *Ratio decidendi* y la motivación, son los temas principales de la Sentencia C-461 de 2013, donde se estudia la posibilidad de interponer la acción de tutela contra las sentencias que no acaten el precedente, por cuanto esa omisión constituye una *vía de hecho* al no cumplir u observar la *ratio decidendi*. En lo tocante a este punto, historiando algunos antecedentes, expone la Corte:

⁶⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consultada el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

“En años subsiguientes gana claridad y se reitera con frecuencia la diferencia entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* como partes de la sentencia judicial, planteada por este tribunal desde sus primeros pronunciamientos, insistiendo en que el carácter obligatorio de sus decisiones no se reduce a la parte resolutive, sino que se extiende también a aquella parte de las consideraciones que directamente explica y orienta el sentido de la decisión adoptada. De allí que, conforme a las tesis sostenidas por la Corte en esta época, se considerara vía de hecho, merecedora de tutela, el desconocimiento que los jueces y/o autoridades hicieren del precedente contenido en la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte, situación que se mantiene invariable cuando, años después, la mayoría de este tribunal decide abandonar esa terminología, sustituyéndola por el concepto de causales de procedibilidad de la tutela contra decisiones judiciales”⁶⁴⁵.

La C-836 de 2001, reitera el deber del cumplimiento de la doctrina probable:

“Más adelante se produce la sentencia C-836 de 2001 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), que los demandantes citan de manera particular como demostrativa de la inconstitucionalidad que afectaría a la norma demandada. En esta decisión se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 4° de la Ley 169 de 1896 que regula el tema de la denominada doctrina probable, tanto en lo relacionado con su no obligatoriedad (pues esa norma prevé que los jueces podrán aplicarla), como con la simultánea posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia, que es la autoridad judicial a quien la norma contempla como fuente de dicha doctrina, decida variar su contenido o alcance en relación con un tema determinado, en caso de considerar erradas las decisiones en que aquélla se hubiere fundado”⁶⁴⁶.

También, insiste en la necesidad de motivar la sentencia, conforme a los principios y valores constitucionales, a la par, de los objetivos de la jurisprudencia en el Estado Social de Derecho:

“Esta decisión judicial contiene un exhaustivo análisis de los temas planteados, que parte de una completa contextualización histórica sobre el momento y circunstancias en que se expidió la norma que en ese caso había sido acusada, seguido de una amplia reflexión sobre la actual validez constitucional de esa doctrina probable a la luz de los principios y valores distintivos del Estado social de derecho que para el caso resultan relevantes, entre ellos la igualdad ante la ley y frente a su aplicación, la confianza legítima de los asociados, la trascendencia social de la función judicial y de la autonomía de los jueces, la seguridad jurídica, la importancia de la unificación de la jurisprudencia, el sistema de fuentes del derecho y otros semejantes”⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consultada el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

⁶⁴⁶ *Ibidem*.

⁶⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consultada el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

En ese sentido, para la Corte no resulta incompatible la presencia de las dos doctrinas jurisprudenciales y, por tanto, su coexistencia y vigencia en el sistema jurídico interno: *“Al término de ese estudio encontró la Corte que, pese a su carácter apenas potestativo, la norma que establece la vieja institución de la doctrina probable es exequible, pues esa regla no necesariamente resulta incompatible con el más reciente entendimiento sobre el valor que los precedentes judiciales de los órganos de cierre tienen como fuente de derecho, sino que admite una lectura acorde a la Constitución”*⁶⁴⁸.

Posteriormente, define las diferencias en las modificaciones del precedente, su cambio y apartamiento entre jueces inferiores y superiores:

*“Pero en tercer lugar, su relevancia radica también en el aspecto que zanja la aparente contradicción que resulta de los dos aspectos iniciales, pues reconoce como igualmente conformes al texto superior dos importantes posibilidades, la de cambiar el contenido del precedente existente (cosa que haría la propia Corte Suprema, autora de aquél) y la de apartarse individualmente de él (para el caso de jueces o tribunales de inferior jerarquía funcional), siempre que en ambos escenarios el operador judicial que asume una tal decisión sustente debidamente las razones que le llevan a ello, a fin de que el cambio jurisprudencial registrado resulte legítimo, pese a la frustración del ciudadano que antes de ello confiaba en la aplicación del precedente conocido y que con ese cambio resulta aparentemente lesionado”*⁶⁴⁹.

En esta etapa, se depura aún más, la discrepancia existente entre la obligatoriedad del precedente y la autonomía del juez, señalando que es innegable la fuerza vinculante del precedente, no como cláusula pétrea para el juzgador, de conformidad a la facultad concedida por la Carta Fundacional, en relación con la autonomía e independencia de sus decisiones.

Luego en la sentencia SU-354 de 2017, la Corte insiste como la inobservancia del precedente puede ser restablecida por vía de los recursos judiciales. En efecto, en el ordenamiento están los recursos ordinarios y extraordinarios, con la finalidad de conseguir su cumplimiento, pero uno de los aportes más novedosos, es la posibilidad de emplear la acción de tutela para garantizar su acatamiento, tal como lo presenta la Corporación: *“(…) que el arbitrario e injustificado desconocimiento de los precedentes aplicables al caso concreto, por ejemplo en lo relacionado con la doctrina de esta Corte en torno a la interpretación sobre el alcance de los distintos derechos fundamentales, puede ser remediado, no solo mediante la interposición de los correspondientes recursos ordinarios o extraordinarios, sino también por vía de acción de tutela”*⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ *Ibidem*.

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

⁶⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-354. Expediente T-5.882.857. (25, mayo, 2017). M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2017 [consultada el 10 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm>

Esta decisión, luego de compendiar la evolución del precedente siguiendo la sentencia C-461 de 2013, concluye:

“Recapitulando, en desarrollo de lo previsto en las normas superiores aplicables, particularmente los artículos 228 y 230 de la carta política, a la fecha es claro en Colombia el carácter obligatorio de la jurisprudencia de los órganos de cierre, esto es la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, deber que se entiende referido a la necesidad de tomar en cuenta los precedentes existentes y relevantes en relación con el tema de que se trate, en principio para efectos de seguirlos y aplicarlos, quedando en todo caso abierta la posibilidad de decidir en un sentido diferente, siempre que el juez o tribunal que así lo hiciera, o el propio órgano de cierre autor del precedente, justifique debidamente las razones del cambio”⁶⁵¹.

En la órbita, de fortalecer y acrecentar más la línea jurisprudencial del precedente, la SU 354 de 2017 nuevamente define el concepto de precedente, radicando esta vez, su origen en el *stare decisis* del *common law* norteamericano:

“En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares”⁶⁵².

Adelante la sentencia SU-068 de 2018, al estudiar en sede de revisión una tutela que discutía la extensión de la jurisprudencia en materia pensional, expone nuevamente las finalidades y las virtudes del precedente: “(...)posee fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos, entre ellos, los jueces. Se trata de materializar el respeto de los principios de la igualdad, la supremacía de la Carta Política, el debido proceso y la confianza legítima, mandatos que obligan a que los jueces tengan en cuenta las decisiones de esta Corte, al decidir los asuntos sometidos a su competencia”⁶⁵³.

Insiste en su fuerza vinculante y su rol como una de las fuentes formales esenciales de derecho, en el sistema jurídico interno:

“Gran espectro de las corrientes de la teoría del derecho considera que la jurisprudencia es una fuente jurídica formal, toda vez que las disposiciones carecen de sentido unívoco. Los preceptos jurídicos pueden tener varios significados que constituyen enunciados prescriptivos diversos, los cuales son producto de un proceso de interpretación. La hermenéutica que elaboran las

⁶⁵¹ *Ibidem*.

⁶⁵² *Ibidem*.

⁶⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-068. Expediente T- 6.334.219. (21, junio, 2018). M.P. Alberto Rojas Ríos [en línea]. Bogotá, D.C.: 2018 [consultada el 5 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU068-18.htm>

autoridades judiciales que poseen la facultad de unificar jurisprudencia y otorgar comprensiones a normas superiores adquiere el carácter de vinculante para los demás operadores jurídicos”⁶⁵⁴.

En ese sentido, se plantea nuevamente las causas de la obligatoriedad del precedente, empezando por la ambigüedad y contradicción de las leyes; la función de armonizar las consecuencias jurídicas, y el deber de cumplir con los mandatos constitucionales incorporados en la sentencia:

“Desde esos ámbitos doctrinarios, la obligatoriedad de los precedentes se sustenta en los siguientes argumentos: 1) el lenguaje natural que se encuentra en las normas está lleno de ambigüedad –múltiples significados- y de vaguedad – indeterminación en los conceptos- que afectan la interpretación y aplicación del derecho. Esas problemáticas sólo serán solucionadas a través de un proceso hermenéutico plasmado en las sentencias, al solucionar los casos que se someten a la jurisdicción. Los jueces crean reglas individuales derivadas de la lectura del ordenamiento jurídico, prescripciones que vinculan a otras autoridades; 2) las providencias tienen la función de armonizar las diversas normas que regulan un caso y que establecen consecuencias jurídicas contrapuestas; y 3) desarrolla los principios básicos del Estado Constitucional, por ejemplo la seguridad jurídica”⁶⁵⁵.

La Corte Constitucional en esta sentencia es concluyente frente al debate de las fuentes formales Ley-Jurisprudencia, dando por acabado prácticamente la discusión, de la jurisprudencia como fuente formal del derecho. En lo tocante a este punto, afirma:

“En los sistemas jurídicos contemporáneos, la interpretación que realizan los jueces incluye el derecho legislado y la norma jurídica que se deriva de una sentencia. Nótese que el derecho jurisprudencial es un criterio interpretativo insoslayable para que los jueces fundamenten sus decisiones. La mayoría de los argumentos jurídicos actúan mediante analogía y la distinción, como sucede con la jurisprudencia, puesto que se relacionan, de un lado, los hechos con las decisiones pasadas; de otro lado, los supuestos fácticos de un caso anterior con una causa similar en el futuro para aplicar la regla de decisión fijada y resolver la disputa”⁶⁵⁶.

En conclusión, la Corte define el precedente como “(...) *aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia*”⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ *Ibidem*.

⁶⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-068. Expediente T- 6.334.219. (21, junio, 2018). M.P. Alberto Rojas Ríos [en línea]. Bogotá, D.C.: 2018 [consultada el 5 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU068-18.htm>

⁶⁵⁶ *Ibidem*.

⁶⁵⁷ Definición tomada de la Sentencia T-112 de 2012 de la Corte Constitucional.

5.18 DISCIPLINA DEL PRECEDENTE EN LA ADOPCIÓN DE TRATADOS

La globalización impone una disciplina del precedente, como medio para obtener igualdad y solidaridad, tras los graves impactos de la postguerra que dieron lugar al sufrimiento humano. Por ello, en el desarrollo de la jurisprudencia es necesario orientarla para aquilatar los valores democráticos mundialmente. En la actividad judicial es importante tener en cuenta la proclamación de las declaraciones universales de derechos de 1948, los documentos, los pactos, tratados, convenios, protocolos etc., que propugnan por el fortalecimiento del respeto y vigencia de los derechos fundamentales o humanos, en los ámbitos locales y mundiales con el fin de dinamizarlos por medio de la jurisprudencia.

En las democracias constitucionales actuales, la inserción del bloque de constitucionalidad, es una primera respuesta a esas necesidades como parámetro para legitimar el derecho de cada uno de los Estados en cuanto permite incorporar toda esa preceptiva internacional garantista.

Por tanto, como una medida activa, frente al futuro es necesario también analizar la fuerza vinculante de los pronunciamientos emanados por las instancias internacionales, en ejercicio de la actividad juzgadora en los casos donde las autoridades transnacionales son competentes o en la tarea interpretativa de las disposiciones internacionales, que les son asignadas por los acuerdos multilaterales.

Sobre este particular, la Corte Constitucional colombiana, analizó algunas cuestiones con ocasión del juicio contra la Ley 74 de 1966⁶⁵⁸, sobre transmisión de programas por los servicios de radiodifusión, destacando que la Corte Interamericana, es el organismo competente para “interpretar con autoridad” la ley o la Convención Interamericana, y cómo el art. 93 de la Carta colombiana, determina la obligación de entender los derechos y deberes constitucionales de acuerdo con esa preceptiva. En ese contexto, los precedentes emanados de los organismos encargados de interpretar esos tratados son de aplicación en el orden nacional y criterio hermenéutico para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

En el mismo sentido se halla la Sentencia C-200 de 2002, cuando estudió la constitucionalidad de los arts. 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, señalando que es parámetro de análisis constitucional, no únicamente el derecho interno, sino todas las disposiciones incorporadas al Bloque de Constitucionalidad, las cuales debían ser interpretadas teniendo en cuenta la jurisprudencia de organismos internacionales de Derechos Humanos.

⁶⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-010. Expediente D-2431 (19, enero, 2000). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 2000 [consultado el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-010-00.htm>. Y la sentencia C-200 de la misma corporación, del 19 de marzo de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

La SU 058–2003, adicionalmente dispone acoger la jurisprudencia emitida por las instancias internacionales, como criterios para interpretación, aplicación y desarrollo de los alcances de los tratados y de los propios derechos constitucionales.

La lucha por la protección de los derechos exige como medio necesario acatar y respetar las decisiones emanadas de los organismos internacionales, tribunales y Cortes, al estar revestidos de competencia para interpretar válidamente los instrumentos internacionales de protección de derechos. Del mismo modo se impone el acatamiento y respeto de las decisiones provenientes por esos organismos internacionales revestidos de competencia para interpretar y fijar el alcance y contenido de los preceptos del derecho internacional humanitario, partiendo del respeto y preservación de la dignidad humana.

Las legislaciones internas, en consecuencia, deben adecuarse a la legislación internacional, siguiendo los parámetros fijados allí, en las recomendaciones, los tratados, ejecutando una interpretación del derecho siguiendo las pautas que concretan esos mandatos, en virtud del principio *pro homine*, como la mejor garantía de los derechos humanos.

5.19 CONCLUSIÓN

La adopción de la doctrina probable o de los precedentes, según se trate, compele hoy, necesariamente una relectura de los sistemas jurídicos continentales, porque jalonan la transformación de las fuentes formales, superando las concepciones tradicionales y decimonónicas de la categoría jurisprudencia y sus implicaciones.

Hoy el juez no es simplemente quien toma los códigos, los lee y realiza procesos de adecuación típica de normas legales a los hechos. El juez se convierte en factor determinante de la materialización del Estado Constitucional de derecho, y asume una función creativa. En lo tocante con las decisiones de las altas Cortes, van más allá de su función ilustrativa para otras causas; se convierte en fuente vinculante para las propias Cortes, así como para los jueces de inferior jerarquía, porque no explican exclusivamente cómo debe entenderse la ley, sino que se trata de una hermenéutica de valores, derechos y principios, que cumple un vigor creativo, de coherencia y de fijación de criterios vinculantes para la solución de casos futuros y para aquilatar los derechos fundamentales, así como la unidad nacional.

Los jueces gozan de autonomía e independencia judicial frente a los precedentes horizontales y verticales, sin embargo, no pueden ser arbitrarios e ignorantes de la doctrina probable, porque deben observarla, no obstante, pueden separarse de ella, y para lo pertinente deben justificar expresa y claramente el motivo del disenso, los antecedentes vigentes y la razonada justificación que motiva la separación de la doctrina vigente.

La importancia del precedente como modalidad jurisprudencial son indiscutidas en el derecho contemporáneo, empero, muchas veces las altas cortes y los tribunales de apelaciones en América Latina, no son conscientes de que sus propias sentencias cumplen papeles estelares porque no solamente están resolviendo un

caso concreto, sino que con independencia del sistema o tradición jurídica repercuten en la práctica futura para resolver problemas análogos, de tal manera, que en cada una de sus decisiones proveen subreglas para la sociedad.

Para puntualizar, en la doctrina jurídica contemporánea el precedente reviste un carácter relevante, porque:

1. El carácter vinculante del precedente se funda en la imperiosa necesidad de dar eficacia a dos principios básicos del Estado constitucional: 1. La igualdad, y, 2. La seguridad jurídica. El primero en cuanto todas las partes, los ciudadanos y litigantes podrán esperar trato igual por parte de los jueces, en casos semejantes y trato diferenciado en casos disímiles.

2. Seguridad jurídica. Asegura la continuidad y la previsibilidad de las decisiones, al repetirse en el tiempo. Debe entenderse hoy como un principio jurídico de tal modo que el derecho dimane certeza en la aplicación que realicen todas las autoridades incluyendo los jueces. Las personas conocerán tanto lo prohibido como lo permitido, por ello, su origen latino *securites*, es inflexión que proviene de *secura*, *securus*.

Es estar seguro de algo y, por lo tanto, todos los poderes públicos, incluyendo a los jueces, deben ofertar la garantía al individuo que su personalidad, sus bienes, en fin, sus derechos subjetivos no serán infringidos por decisiones, actos de poder o judiciales inopinados, y si estos son atacados, otorgaran protección, defensa, reparación o restauración, porque los derechos no pueden ser modificados irregularmente o mediante procedimientos arbitrarios. Implica que el Estado haga conocer los derechos, garantías y deberes, así como los límites entre derechos propios y ajenos; las reglas de juego que regulan una actividad, las competencias de las autoridades, las disposiciones que permiten resolver conflictos, de tal modo que se pueda prever el resultado. Cuando de aplicar la ley se trata, que se observe la irretroactividad de la ley, el principio de legalidad o de tipicidad de los delitos y las penas, la cosa juzgada, la caducidad, la prescripción, etc. Que no adultere el principio de retrospectividad de modo que la ley disponga para el futuro sin afectar el pasado y los derechos adquiridos, pero, sin descuidar los principios de justicia.

3. Confianza legítima. Los intervinientes en el proceso, la comunidad nacional e internacional confiarán en los jueces y en el propio Estado, porque obtendrá una solución segura y fiable de las controversias, garante para las partes, porque el nuevo problema se resolverá de igual manera al anterior y, por tanto, las nuevas controversias tendrán una solución análoga, por cuanto las partes conocerán cuáles son las consecuencias jurídicas. Cuando un ordenamiento acepta la unificación jurisprudencial por vía del precedente o de la doctrina probable, está protegiendo las expectativas del individuo y de la sociedad, de la comunidad nacional e internacional, de modo que los jueces adoptaran una interpretación judicial legítima, consistente y uniforme, sin sobresaltos.

4. La instauración del precedente asegura la igualdad. Todos los casos iguales deben ser decididos de forma igual. Los litigantes tendrán trato similar por todos los tribunales, y por consiguiente, tendrán trato semejante ante la ley.

5. Uniformidad y continuidad jurídica. Esto significa que habrá coherencia en el tiempo del sistema jurídico, de modo que la solución sólo cambiará cuando aparezcan razones justificativas para adoptar un nuevo criterio.

6. Predictibilidad o previsibilidad: Las partes sabrán cómo podrán resolverse los casos futuros, por cuanto encuentra una decisión que mediante su razonamiento fija una política jurisdiccional concreta aplicable por la justicia en casos aun no resueltos, imponiendo o fijando una determinada interpretación. Así, a partir de la construcción de líneas jurisprudenciales en todas las materias que juzgan los jueces, habrá predictibilidad y confianza de la ciudadanía de cómo se resolverán en el futuro sus controversias.

7. Aumenta la economía procesal y material, la productividad de un país porque disminuye la litigiosidad. Al aplicarse los criterios fijados en los casos pasados se ahorrarán recursos, tiempo y energía para resolver los presentes.

8. Presunción de acierto y sabiduría. Al tener en cuenta los fallos del pasado habrá en principio, acierto y sabiduría para resolver los casos futuros.

9. Existiendo múltiples o divergentes interpretaciones en los niveles inferiores de las judicaturas resulta fundamental apoyar el precedente para evitar fisuras, iniquidades o interpretaciones dispares.

10. El precedente, así como la jurisprudencia, cumplen una función supletiva, llenan un vacío legislativo en todos los sistemas jurídicos, o resuelven las lagunas de las leyes, creando subreglas para casos ulteriores o llena los vacíos legislativos y las lagunas del derecho.

11. Habrá un aumento en el grado de eficacia de las soluciones judiciales porque serán más asertivas y pragmáticas las soluciones dispensadas por los jueces. Por supuesto, también es de valía la doctrina del precedente para solucionar problemas análogos durante las fases de formación de la valoración jurídico-procesal e instrucción, frente a decisiones que no tienen naturaleza de sentencias, sino interlocutorias o de mero trámite.

12. Es un medio esencial para dar identidad, coherencia y unidad al ordenamiento jurídico. Al afianzar la doctrina del precedente se da nacimiento a una regularización y control de la actividad jurisdiccional, porque el juez debe mirar racionalmente el ordenamiento jurídico para analizar la producción normativa y jurisprudencial extrayendo las reglas que sobre una materia determinada existe y la forma como los jueces la han aplicado, mirando el pasado y el presente para proyectarlo hacia el futuro, donde no puede aparecer como una pieza descoordinada del todo, sino que verifica el horizonte para saber dónde están los puntos que han sistematizado soluciones ordenadas y racionales sobre casos similares al que ahora está resolviendo.

13. El precedente permite la materialización de los derechos fundamentales. La importancia que recobra hoy en las diferentes tradiciones jurídicas junto con la trascendencia en el Estado de Derecho es relevante y decisiva, no solamente para la construcción de la teoría jurídica, sino como medio para hacer Estado democrático. En efecto, por medio del precedente, los jueces, por virtud del principio de soberanía popular y el democrático, están siempre obligados y condicionados, en forma rigurosa, a explicar el porqué de sus decisiones. Además, es el medio expedito para la protección de los derechos fundamentales.

14. Es medio para asegurar la buena fe, entendida desde la perspectiva del artículo 83 de la Carta Política colombiana, según el cual las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse al principio de buena fe, “(...) *el cual, según la jurisprudencia constitucional, se entiende como un imperativo de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida, se presume en todas las actuaciones y se erige en pilar fundamental del sistema jurídico*”⁶⁵⁹. En principio, busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la administración, cuando se desconocen los antecedentes en los cuales hubo confianza. Si el Estado crea expectativas razonables y lógicas de que la administración no modifica súbitamente su actuar o una línea jurisprudencial, y que por lo tanto su actividad, se respetara, de modo que la eventual controversia seguramente la resolverá en forma igual a casos análogos, no podría, inopinadamente, sorprender con soluciones nuevas, diferentes o contrarias.

En apretada síntesis sobre la necesidad de aquilatar el precedente la sentencia de Constitucionalidad C-335 de 2008 expresa:

“(...) la creación de un sistema de precedentes constitucionales, incluso en un sistema jurídico de origen romanista, legislado y tradición continental europea como el colombiano, no sólo apunta a acordarle una mayor coherencia interna al mismo, garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, sino que además asegura la vigencia de los derechos fundamentales, y por ende, el carácter normativo de la Constitución, en la medida en que, dada el carácter abierto que ofrecen las disposiciones constitucionales contentivas de aquéllos, se precisa de la existencia de un entramado de precedentes que precisen el sentido y alcance de aquéllas”⁶⁶⁰.

La Corte Constitucional colombiana en la Sentencia SU 047-99, señala unos motivos importantes para el respeto al precedente:

⁶⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131. Expediente D-182. (1, abril, 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1991 [consultada el 15 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>

⁶⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expedientes D-6943 y D-69462008. (16, abril, 2008). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 17 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

“[A] menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades”⁶⁶¹.

Igualmente, la Corporación añade dos consideraciones más, respecto del valor de las decisiones judiciales vinculantes en el ordenamiento:

“En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que, en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas”⁶⁶².

Este tribunal, muy dado a la teorización de algunas de sus decisiones, explicando los fundamentos para adoptar una visión del precedente y sus beneficios en la práctica judicial, señala:

“El respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (i) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa (Arts. 29, 121 y 122 C.P.); (ii) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad, implica la responsabilidad de los servidores públicos (Arts. 6º y 90 C.P.); y (v) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley (Art. 13 C.P.)”⁶⁶³.

⁶⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

⁶⁶² *Ibidem*.

⁶⁶³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634. Expediente D-8413. (24, agosto, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>

15. Facilita el estudio de la historia política, económica o jurídica de una región, de una localidad, de un país o de un continente. Así también, el precedente constituye un medio importante para analizar la evolución del pensamiento jurídico de todos los jueces del mundo, para justificar y razonar en forma crítica cómo se forman o educan los jueces, cómo ejercen su práctica diaria, cómo solucionan casos, cómo aplican el derecho y cómo ven la vida, la historia y la política, desde hechos reales y no hipotéticos, plasmados en las providencias. Cuando el observador imparcial toma un conjunto de providencias alusivas a casos fallados y las encadena, descubre los aciertos y desaciertos, los logros, las ventajas y los defectos de las decisiones judiciales y su incidencia en la vida diaria de un pueblo. Por tanto, el análisis del precedente permite al juez encarar la forma como las diferentes disciplinas de conocimiento incidieron en la solución de casos, y cómo pueden proyectarse sus soluciones hacia el futuro, para aceptarlas o rechazarlas, analizando si puede o no utilizar esa solución pasada en el nuevo contexto sociopolítico.

6. LA DOCTRINA PROBABLE EN COLOMBIA

El presente capítulo presenta una caracterización de los elementos del concepto de doctrina, enseguida, definirá las nociones de doctrina constante, probable, auténtica y legal, para puntualizarlos y destacar su importancia dentro de la jurisprudencia, demostrando que son instituciones encaminadas a la protección de los derechos fundamentales al interior del Estado Constitucional y Social de Derecho. El énfasis se circunscribirá en la categoría de doctrina probable del derecho colombiano, como una decantada figura jurisprudencial colombiana, con una historia superior a ciento treinta años, gestada, especialmente, en la casación.

6.1 EL CONCEPTO DE DOCTRINA

Etimológicamente, la expresión doctrina se compone del lexema latino “*docere*”, correspondiente al verbo enseñar, *doctum*, enseñado, y de los sufijos “*tor*” que significa agente o impulsor de la acción e “*ina*”, expresión de pertenencia o de relación, motivo por el cual, la categoría, en ese contexto, hace referencia al conjunto de conocimientos o de enseñanzas, ideológicas, políticas, filosóficas, jurídicas o científicas.

En general es “(...) enseñanza. (...) Ciencia o suma de conocimientos poseídos por alguien o contenidos en una obra o una exposición cualquiera. (...) Conjunto de ideas (...)”⁶⁶⁴; “(...) Enseñanza que se da para instrucción de alguien. (...) Ciencia o sabiduría. (...) Conjunto de ideas u opiniones religiosas, filosóficas, políticas, etc., sustentadas por una personas o grupo”⁶⁶⁵. En consecuencia, doctrina es un sistema, una disciplina, una formulación teórica o conceptual de principios con pretensión de validez universal o abstracta, que en algunas oportunidades repercute en la formación de escuelas, tendencias, credos, partidos; o en las diferentes áreas de la ciencia, del conocimiento, del arte, del pensamiento, susceptibles de ser aplicadas a la vida diaria, a la práctica, a la investigación o a la interpretación de la realidad. En algunas ocasiones se transforma en dogmas de diferente naturaleza.

De modo que la doctrina, en términos jurídicos, se entiende como el conjunto de teorías o de principios, interpretaciones, opiniones, estudios, formulaciones sistemáticas propuestas por tratadistas, académicos o investigadores, que se convierten en fuente jurídica auxiliar para hacer derecho, para formar normas jurídicas o para forjar elaboraciones jurisprudenciales o para decidir casos concretos o educar jueces y abogados.

Son variadas las clases de doctrinas que encontramos en el ámbito jurídico, y del mismo modo en la jurisprudencia; sin embargo, aquí se trata lo relacionado con jurisprudencia, como fuente de producción jurídica por parte de los jueces. En este marco, por ejemplo, encontramos la doctrina constitucional integradora, modalidad que corresponde a la producción judicial de los depositarios de la labor de interpretación y guardianía de las constituciones. Por tanto, atañe a la desarrollada

⁶⁶⁴ MOLINER, María. *Diccionario de uso del español*. 4 ed. Madrid: Gredos, 2016. p. 925.

⁶⁶⁵ RAE. *Diccionario esencial de la lengua española*. 22 ed. Madrid: Espasa, 2006. p. 533.

en un sistema jurídico por los jueces de la propia constitución, quienes en los sistemas de control constitucional concentrado, difuso o mixtos, forman parte de tribunales constitucionales o de Cortes Supremas, de tal modo que cuando despliegan sus funciones juzgadoras con relación a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de disposiciones del ordenamiento, y profieren sentencias con fuerza vinculante, excluyen preceptos que vulneran la Carta o porque al juzgarlos, los hallan ajustados a ella o simplemente desarrollan una labor interpretativa obligatoria para todas las autoridades.

En Colombia, percibimos análisis de esta forma de doctrina en las sentencias C-955 de 2000; también en la C-083 de 1995, dictadas por la Corte Constitucional, las cuales abogan por defender la fuerza vinculante de las decisiones, para llenar vacíos normativos, y que contienen cierto autoritarismo jurisprudencial, porque sus juzgadores les imprimen carácter imperativo u obligatoriedad que, por consiguiente, demanda respeto al precedente.

Sin embargo, en el presente capítulo, la referencia se hace específicamente a las decisiones que permiten formar líneas jurisprudencias por medio de las denominadas doctrinas legales, constantes o probables como un medio para la protección de los derechos fundamentales.

6.2 LA JURISPRUDENCIA CONSTANTE FRANCESA

En Francia, con posterioridad al surgimiento del C. C. francés y al posicionamiento de la casación empieza a obtener mayor importancia la jurisprudencia, por medio de la institución conocida como “*constante*”, creada por las decisiones de los tribunales. Tomó fuerza por los vacíos y ambigüedades de los códigos, por las contradicciones y por los enfrentamientos conceptuales; en conjunto, motivos suficientes que posibilitaron dar valor normativo como fuente formal del derecho a la jurisprudencia como un medio útil para solucionar aquellos problemas jurídicos.

Ciertamente, los revolucionarios como Robespierre, pretendieron borrar la jurisprudencia para darle toda la prevalencia a la ley, dejando como su centinela a la corte de casación de 1790, con la principal finalidad de proteger, observar y aplicar la ley; por ello, en esta data “(...) *vio la luz el “Tribunal de Cassation”, creado justamente como un órgano de control constitucional (no judicial) situado al lado del poder legislativo para ejercer un contralor (sic) sobre los jueces, evitando que éstos invadieran las esferas legislativas en su afán de querer interpretar las normas*”⁶⁶⁶; sin embargo, por medio de la Ley 1 de abril de 1837⁶⁶⁷, el recurso de casación se reestructuró, y tomó un rumbo ajustado a los tiempos que corren; aspecto hoy, trascendental para la materialización del Estado Constitucional y social de Derecho, porque adquiere una misión adicional, pero de primera magnitud, consistente en la

⁶⁶⁶ HITTERS, Juan Carlos. *Recursos extraordinarios y Casación*. 2 ed. La Plata- Argentina: Editorial Platense, 1998. p. 30.

⁶⁶⁷ FRANCIA. Ley del 1 de abril de 1837 relativa a la autoridad de las sentencias dictadas por el Tribunal de Casación después de dos apelaciones. [en línea]. Disponible en: https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reflexion_reforme_8630/commission_reflexion_8180/motivation_arrets_7856/cour_cassation_32581.html

unificación de la jurisprudencia; actuando desde entonces, como juez de derecho y no de hecho, con el propósito de alcanzar seguridad jurídica y confianza legítima. De modo que:

“El papel regulador del órgano casatorio fue sufriendo en Francia una transformación desde su creación a través de los Decretos del 27 de noviembre y del 1 de diciembre de 1790 hasta la consagración definitiva de su poder de regulación positiva por la Ley del 1 de abril de 1837. Analizando cuidadosamente dicha evolución se verá que, si bien fue instituido como custodio de la ley, su misión se amplió poco a poco por el influjo legislativo y la propia tendencia del Tribunal, hasta convertirse en el organismo que mantiene la dirección suprema de toda la interpretación jurídica”⁶⁶⁸.

Claro, tal como lo precisa el profesor López Medina, no correspondía a la aplicación de la disciplina del *stare decisis*, en sentido estricto, para que los jueces decidieran de la misma forma como se había decidido en casos anteriores:

“(…) Se trataba más bien de obligar a los jueces inferiores a respetar el sentido o significado abstracto (esto es sin relación a los hechos concretos) que la Corte de Casación había dado a una disposición legal o a un concepto jurídico de manera constante; era, pues, una forma de respeto conceptual al sentido fijado para la norma en varias sentencias. En el *stare decisis* anglosajón, en cambio, el énfasis se daba a la idea de que casos iguales se fallaran de manera igual a los casos ya fallados. Por tanto, en el *stare decisis* hay menos necesidad de respetar la definición interpretativa o normativa del caso anterior, pero mayor apremio a decidirlo de igual manera si sus hechos son análogos (…)”⁶⁶⁹.

En consecuencia, cual se viene expresando, la "*jurisprudencia constante*", es la reiteración prolongada en el tiempo, de una determinada solución interpretativa inserta materialmente en una sentencia dictada por parte de los tribunales, pero esencialmente por el Tribunal de cierre casacional. Usualmente la Corte debe observarla, y los jueces de inferior jerarquía con mayor razón, debiéndose regir por la jurisprudencia reiterada, tanto de sus superiores jerárquicos como de las altas cortes⁶⁷⁰. Por lo tanto, despliegan un carácter normativo las interpretaciones del Consejo de Estado como de la Corte de Casación francesa, revistiendo como estándares la generalidad y la abstracción, no obstante, preferirse desde un contexto particular.

⁶⁶⁸ HITTERS, Juan Carlos. *Recursos extraordinarios y Casación*. 2 ed. La Plata- Argentina: Editorial Platense, 1998. p. 30. En el segmento citado, Hitters sigue a Francisco Geny.

⁶⁶⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego. Jurisprudencia como fuente del derecho. Visión histórica y comparada. En: *Umbral revista de Derecho Constitucional*. Quito: Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional, 2011. p. 27-30.

⁶⁷⁰ PERROT. Cita la sentencia del 3 de noviembre de 1955 de la Corte de Casación, Asuntos criminal. D. 1956-557. Citado por SARMIENTO, Juan Pablo. *La Jurisdicción Constitucional en Francia, De la Aparente Excepción Europea al Fin De La Singularidad Francesa* [en línea]. En: *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, agosto, 2016 vol. 43, núm. 2. p. 478. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177048407005>

Por supuesto, en la estructura legal y constitucional francesa, junto a la Corte de Casación encontramos hoy, también al Consejo Constitucional⁶⁷¹, el cual, con frecuencia, ha sostenido que tiene poder o jurisdicción para controlar la interpretación jurisprudencial de disposiciones normativas, aspecto que se explica porque en el Estado contemporáneo, los titulares del control constitucional, sea éste concentrado o difuso, buscan una interpretación judicial constante, que sea obedecida o seguida por las demás autoridades obligadas a la observancia de la supremacía constitucional, así como por el derecho de todas las personas en un Estado democrático para cuestionar interpretaciones jurisdiccionales; o justamente, porque las decisiones de los tribunales constitucionales por regla general tienen efectos “*erga omnes*”, cuando la propia Constitución les otorga el control constitucional frente a las disposiciones de menor rango.

De tal modo, que la producción jurisprudencial del Tribunal por vía de casación se transformó en una fuente de derecho, con poder normativo dinámico, rango un tanto análogo al actualmente adquirido por el Consejo Constitucional Francés por su especial capacidad normativa cuando se pronuncia por vía general y abstracta en ejercicio del control normativo con carácter vinculante.

6.3 LA DOCTRINA LEGAL

Tiene su origen en España con el Decreto del 4 de noviembre de 1838 que introdujo el recurso de nulidad contra pleitos civiles⁶⁷², recurso que ya se había establecido en la Constitución española de 1812⁶⁷³, y que venía a sumarse a las impugnaciones de segunda suplicación⁶⁷⁴ e injusticia notoria⁶⁷⁵. Posteriormente una real Cédula de 30 de enero de 1855 y Real Decreto del 3 de febrero de 1881 constitutivo de la Ley de enjuiciamiento civil que introducen el recurso de Casación apuestan por la consolidación de la jurisprudencia reiterada como fuente de derecho. Aquí lo relevante, consiste en que, por primera vez en el derecho español, se utiliza la expresión “*casación*”, y entre los motivos o causales de este recurso se establece la violación de la doctrina legal, el cual, únicamente estaba previsto para los fallos notoriamente contrarios a la ley; no obstante, para su interposición el recurrente debía expresar la doctrina legal o la ley quebrantada.

⁶⁷¹ Institución creada por la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958 (V República), dotada del control de conformidad de la ley con la Constitución, esto es, la guardianía de la Constitución en su parte orgánica, especialmente para mantener los límites de las competencias constitucionales, actuando como juez electoral y juez constitucional de control previo. También ejerce funciones consultivas, además de las anunciadas funciones constitucionales.

⁶⁷² BÁDENAS ZAMORA, Antonio. *El patrocinio del justificable pobre en la España liberal (1833-1868)*. Madrid: Editorial Dykinson, 2005. 413 p. ISBN 8497726928, 9788497726924.

⁶⁷³ Antes “(...) las leyes de Partida ya habían escrito la palabra nulidad, permitiendo que se reclamara contra ella en el tribunal competente (...)”: Comentario al Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad. Escrito por Joaquín Francisco Pacheco, p. 6.

⁶⁷⁴ Recurso supremo contra las sentencias de revista dictadas por las Audiencias o por los Tribunales Superiores cuando los pleitos eran muy grandes o de “cosa ardua”, el cual debía formularse oportunamente dentro de los veinte días siguientes a la notificación y exigía prestar una fianza o caución de 1500 doblas en caso de confirmarse la sentencia.

⁶⁷⁵ Cuando los jueces juzgaban arbitrariamente en contra de lo probado o en contra del derecho.

Según el francés Herzog, “(...) *la doctrina legal evita el conflicto y asegura la armonía entre el derecho y la sociedad, convirtiéndose el Tribunal Supremo en el valedor de esta ecuación sociológica. Esta es una lógica de registro civil, en la que la doctrina legal no constituye sino una forma eufemizada de designar la tradición, es decir, que se presenta como una técnica judicial que primordialmente sirve para unificar la diversidad de los hechos sociales, otorgándoles una identidad común*”⁶⁷⁶. Al mismo tiempo afirma, que el sistema español hace parte de la tradición continental de la jurisprudencia constante y, como tal, implica “(...) *una regla de derecho formulada por dos decisiones uniformes del Tribunal Supremo que sancionen su violación o su indebida aplicación en la medida misma que las de la norma legal*”⁶⁷⁷.

Edwalt destaca que “(...) *la doctrina legal ha sido socialmente instaurada (a) en el marco de unas normas de procedimiento; (b) en función de un proceso general de toma de decisiones; (c) a partir de un corpus de conocimientos de orden jurisdiccional*”⁶⁷⁸.

Para el tratadista Antonio Serrano, la ley española de enjuiciamiento de 1885, estableció por primera vez como causal para interponer el recurso de casación, la violación a la doctrina probable, y resalta su importancia, exponiendo:

“(...) [L]a Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 hizo ya suya esta misteriosa expresión al disponer, en el mismo plano de la ley, que la infracción de la doctrina legal establecida por los tribunales constituida por sí sola motivó para admitir un recurso de casación. La doctrina legal surgió así a la vida jurídica española de un modo muy discreto, en una norma procesal y no material, pero con indudables poderes, pues su relevancia a efectos de la casación le venía a otorgar una sanción legal semejante a la de las leyes promulgadas en el parlamento. Pero lo más importante es que nació vacía de contenido, pues su ambigüedad semántica permitía en principio llenarla de todo tipo de contenidos, desde los propios del derecho natural a las doctrinas de los autores, pasando por la jurisprudencia de tribunales tanto superiores como inferiores”⁶⁷⁹.

Del mismo modo Serrano, expone que el Tribunal Supremo Español, para la segunda mitad del siglo XIX, definió el marco conceptual de la jurisprudencia o doctrina legal, en forma progresiva: “*a) en un primer momento, consideró que sólo era doctrina legal la derivada de la jurisprudencia de los tribunales; b) Más tarde, que ya sólo podía entenderse como tal la dictada por su propia jurisprudencia; c)*

⁶⁷⁶ HERZOG, J.B. *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Supreme en Espagne. Essai sur les conditions de creation du droit par la jurisdiction de cassation*. Toulouse, 1942. p. 206-231.

⁶⁷⁷ HERZOG, J.B. *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Supreme en Espagne. Essai sur les conditions de creation du droit par la jurisdiction de cassation*. Toulouse, 1942. p. 207 y ss.

⁶⁷⁸ EDWALD. *Droit et histoire, en: Droit, nature, histoire. Iveme Colloque de Association Francaise de Philosophie du Droit*, 1985. p. 129.

⁶⁷⁹ SERRANO, Antonio. *Dogmática jurídica y análisis sociológico: El Derecho histórico de la doctrina legal*. P. 1 Ed. Alicante: Ediciones Doxa. 1991. p. 173-199.

*finalmente, decidió que la regla de derecho establecida en dos o más de sus sentencias bastaba para formar una doctrina legal*⁶⁸⁰.

Y como apunta este autor, en el derecho español, la doctrina legal, no se refiere a un conjunto de decisiones, exclusivamente, “(...) *sino que por encima de todo hay que entenderla como un tipo de producción de dogmática jurídica que adquiere indirectamente carácter vinculante a través de la casación*”⁶⁸¹. En esta senda, el Tribunal Supremo, continúa la autoelaboración, así, por ejemplo, ha afinado su conceptualización para precisar que “(...) *la verdadera doctrina legal no es estrictamente legal sino más bien doctrina jurisprudencial (...)*”⁶⁸².

El artículo 1º del Código Civil español, menciona las fuentes formales del derecho, en el numeral 6 señala que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Por consiguiente, históricamente, la jurisprudencia ha desempeñado en el Derecho español un papel importante, como un criterio auxiliar, que apoya la interpretación de las verdaderas fuentes jurídicas en general, avanzado hasta alcanzar el *estatus* de forma de creación de derecho. Precisamente el texto del art.1 del C.C. español, expresa:

“1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

(...)

“6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

“7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido” (negritas fuera del texto original)⁶⁸³.

De tal modo que, para los ibéricos, la jurisprudencia históricamente ha adquirido su condición de fuente formal de derecho que obliga a todas las autoridades, como opina De la Vega: “*Luego si para el caso concreto que se debate en juicio el Derecho correcto será el establecido por el juez, es obvio que la doctrina legal o jurisprudencia aplicada por éste habrá operado normativamente, es decir, con fuerza de obligar. Fuente de derecho es una regla jurídica obligatoria. En conclusión, la jurisprudencia es fuente de derecho*”⁶⁸⁴.

En esta órbita, la doctrina legal española, se forma a partir de “(...) *dos sentencias que interpreten una norma en igual sentido*”⁶⁸⁵, del Tribunal Supremo,

⁶⁸⁰ SERRANO, Antonio. *Dogmática jurídica y análisis sociológico: El Derecho histórico de la doctrina legal*. P. 1 Ed. Alicante: Ediciones Doxa, 1991. p. 173-199.

⁶⁸¹ *Ibíd.*

⁶⁸² *Ibíd.*

⁶⁸³ ESPAÑA. CÓDIGO CIVIL. 20 ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2016. p. 63-64. Subrayas *ex texto*.

⁶⁸⁴ DE LA VEGA, Carlos. *Derecho judicial español*. Universidad Carlos Tercero de Madrid. Madrid: Editorial Edijus, 1997. p. 113.

⁶⁸⁵ *Ibíd.*

esencialmente, y excepcionalmente de los Tribunales de las Comunidades Autónomas, de modo que la doctrina legal da la importancia del caso a la actividad judicial como fuente formal de derecho, adquiriendo contenido normativo en forma excepcional. Federico De Castro, identifica la doctrina legal con las siguientes premisas:

“1. Ha de estar contenida en sentencias del Tribunal Supremo y de la Sala que resuelva sobre derecho sustantivo. Conforme a ello no tienen valor de doctrina legal:

“a) Las opiniones de los autores, tratadistas y jurisconsultos, por muy respetables que sean, si no están admitidas por la jurisprudencia.

“b) Las sentencias de los tribunales inferiores.

“c) Las órdenes del Poder ejecutivo y las circulares e instrucciones dictadas por la Administración.

“d) La doctrina sentada por los abogados del Estado.

“e) Las resoluciones de la Dirección General de los Registros, “por respetables que sean, dada la cultura jurídica de aquel Centro”, ni las resoluciones de los centros directivos.

“f) Las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo”⁶⁸⁶.

En conjunto a lo precedido, se suman dos características propias de la especialidad hispánica de esta clase de doctrina jurisprudencial:

“2. Una sola sentencia no constituye jurisprudencia; es preciso que se den repetidos, reiterados, constantes e idénticos fallos o, al menos, más de una sentencia.

“3. Para poder alegar la doctrina se necesita que haya identidad o fundamental analogía entre los supuestos de hecho, de los preceptos legales y fuente jurídica, respecto de los que se creó la doctrina, y los supuestos de hecho y preceptos legales aplicables al caso motivo del recurso.

“4. Sólo puede considerarse doctrina legal a la que haya sido motivo decisorio en las sentencias que se alegue la contienen. La doctrina legal nace en la *questio iuris*, y es natural que para conocerla se acuda a los razonamientos jurídicos en que se funda o “considerandos”⁶⁸⁷.

Precisamente, la Ley 1 del 7 de enero de 2000, conocida como “*Ley de enjuiciamiento civil, dentro de los recursos consigna los extraordinarios de “infracción procesal”, el de casación y el “recurso en interés de la ley”*”. Vistos individualmente, según el art. 468, “*Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, como Salas de lo Civil, de los recursos por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia*”. El recurso de “casación”, al tenor del art. 477, procede “(...) como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (...)” contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes

⁶⁸⁶ DE CASTRO, Federico. *Derecho civil de España*. Madrid: Editorial Civitas, 1994. p. 506.

⁶⁸⁷ *Ibid.*

casos”. El “*recurso en interés de la ley*”, según el art. 490 *ejúsdem* “*para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales*”.

En general, todos ellos apuntan a la observancia de la jurisprudencia, por medio de la doctrina legal y concretamente por vía de la doctrina jurisprudencial como medio de afianzamiento del Estado Constitucional de Derecho español. Cardinalmente, en el art. 477 en el numeral 3 de la misma ley de Enjuiciamiento Civil, señala:

“(…) 3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

“Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente (...)”.

El art. 481 aludiendo al escrito de presentación del recurso de casación enseña: “3. *En su caso, en el escrito de interposición, además de fundamentarse el recurso de casación, se habrá de manifestar razonadamente cuanto se refiera al tiempo de vigencia de la norma y a la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida.*”

Este texto es compatible con el art. 483 *ejúsdem* por cuanto da lugar a la inadmisión del recurso “3.º *Si el asunto no alcanzase la cuantía requerida, o no existiere interés casacional por inexistencia de oposición a doctrina jurisprudencial, por falta de jurisprudencia contradictoria o si la norma que se pretende infringida llevase vigente más de cinco años o, a juicio de la Sala, existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha norma o sobre otra anterior de contenido igual o similar*”.

Asimismo, se inadmitirá el recurso en los casos del segundo párrafo del artículo 477.3, cuando “(…) *el Tribunal Superior de Justicia correspondiente considere que ha sentado doctrina sobre la norma discutida o sobre otra anterior de contenido igual o similar*”.

En consecuencia, la doctrina legal española cuenta con amplia respaldo jurisprudencial y también normativo que, históricamente, ha avalado la presencia de una doctrina jurisprudencial sólida como fuente normativa.

6.4 LA DOCTRINA PROBABLE EN EL DERECHO COLOMBIANO

Es un concepto que nace en Colombia con la Ley 169 de 1896 prevista en el artículo 4, cuyos antecedentes inmediatos se hallan en la doctrina legal. En efecto, una de las primeras referencias se halla en la Ley 61 de 1886, cuyos artículos 37, 39 y 41, la denominan doctrina legal; en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, que reformó los Códigos Nacionales y las Leyes 51 de 1886 y 57 de 1887, estableció la institución de la doctrina legal más probable al disponer: *“En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable”*. Posteriormente, se expidió la Ley 105 de 1890 sobre reformas a los procedimientos judiciales, y se introdujo el concepto de doctrina legal y en su artículo 371 especificó los casos en los cuales resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema. En efecto dispuso: *“Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso”*.

Finalmente se introdujo el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, evolucionó hacia la institución de la doctrina probable: *“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”*

La doctrina probable, denominada impropriamente por algunos, precedente, desde su génesis ha estado ligado esencialmente con el recurso de casación. Precisamente, en su primer estatuto orgánico, Ley 61 de 1886⁶⁸⁸ es cuando se adopta expresamente en Colombia la doctrina legal, haciendo de ella una institución con carácter orgánico, y con aplicación en el ordenamiento jurídico a partir de la labor unificadora de la jurisprudencia, como función central de la Corte Suprema de Justicia.

Cuando se analizan los respectivos textos, en el contexto sociopolítico, se infiere cómo la doctrina probable, implica un respeto al precedente vertical, así como del horizontal, en procura de unificar la jurisprudencia como expresión de la finalidad de la casación funcionalmente atribuida a las Salas de la Corte Suprema de Justicia.

La consolidación de la doctrina probable en el siglo XIX en el derecho colombiano, transitó por una serie de vicisitudes. Es el resultado final de un proceso jurídico, político e institucional para cumplir la finalidad nomofiláctica del recurso de casación. En efecto, como se mostrará en el mosaico histórico normativo que sigue a

⁶⁸⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 61. (25, noviembre, 1886). Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales. Diario Oficial No. 6.881 - 6.882.

continuación, primero se denominó doctrina legal, y finalmente se consolidó como doctrina probable, permitiendo potenciar la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho nacional, de tal modo que la cuestión no es un asunto novel como lo pretenden presentar algunos autores.

Algo relevante de la importancia en la lucha de fuentes formales de derecho, surge precisamente al analizar el contexto sociopolítico, porque nuestro país está transitando del sistema constitucional hincado en un liberalismo puro y federal que paulatinamente surgió de propuestas políticas de centro, en la Constitución de 1853; Centroizquierda en la Constitución de la Confederación Granadina de 1858 y, finalmente en la Constitución ultraliberal de 1863 promulgada en Rionegro – Antioquia, virando a un sistema constitucional de Centro-derecha, que se impuso en Constitución de 1886, como instrumento político para territorialmente unificar el Estado Colombiano, que se había fracturado en nueve Estados con permanentes conflictos, inclusive bélicos; para centralizar la administración y debilitar el fuerte federalismo y entronizar el centralismo.

Sectores importantes se aglutinaron en el Movimiento de Unión Nacional, que vigorizó el regeneracionismo de Miguel Antonio Caro y Rafael Núñez. De tal manera, que se hacía necesario acudir, a otro valioso instrumento de unificación: a la instauración de un sistema de fuentes que en lo jurisprudencial propendiera por la unificación y la observancia. Estos institutos fueron parte fundamental del proyecto político decimonónico de centralización, liderado por el movimiento de la Regeneración. González sobre el particular explica:

“(…) [L]as herramientas jurídicas para lograr esta centralización y producción de fuentes desde el gobierno fueron de dos clases: i) normativas y (sic) (ii) institucionales. Por normativas se hace referencia a la expedición de una legislación que unificara las dispersas fuentes que se habían constituido en el “país federal”. Ellas fueron las Leyes 57 y 153 de 1887, en las cuales se adoptaban unas codificaciones nacionales y se reglaba la interpretación jurídica (...). Las institucionales se refieren a la creación de mecanismos para cuidar la correcta aplicación de las normas ordenadoras nacionales. La institución que se introduce en la Constitución de 1886, y se confirma en la Ley 61 de 1886, es la casación, cuya resolución iba a estar a cargo de la Corte Suprema de Justicia (...)⁶⁸⁹.

La Corte Suprema de Justicia colombiana, por medio de su histórico órgano de difusión, la Gaceta Judicial, leyendo los signos temporales del siglo XIX, y la cruenta historia que amenazaba con volver añicos la construcción de Estado, y la conquista de derechos ciudadanos, analizaba, la cuestión: “(…) *El régimen federal absoluto que imperó en la República desde 1863, había creado diferencias más o menos profundas y sustanciales en la legislación de los nueve Estados que al presente son Departamentos nacionales, produciendo discordancias en la vida social, en la*

⁶⁸⁹ GONZÁLEZ, Jorge. *Entre la ley y la constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*. Citado por MANTILLA BLANCO, Sebastián. Pontificia Universidad Javeriana, 2007. p. 60.

*familia, en la constitución de la propiedad y en los procedimientos judiciales de los colombianos*⁶⁹⁰. Complementó, razonando:

“(…) [A]l mal de la diversidad de nueve cuerpos de legislación se añadía toda la legislación propiamente nacional, y nada era más difícil que hacer imperar en Colombia la unidad del Derecho y la uniformidad de la Justicia. Procediendo con la necesaria consecuencia [la Constitución de 1886] dio nuevas formas al Poder Judicial, y admitió los recursos de casación, entre los nuevos procedimientos judiciales, con el fin muy loable de asegurar la justicia en todas partes y abrir campo a la fijación, por medio del más alto Tribunal, de principios y reglas que, estableciendo una Jurisprudencia nacional, sirviesen de sólida garantía a todos los intereses que tienen en la ley su vigencia (…)⁶⁹¹.”

Consolidado entonces, el gobierno regeneracionista procede a emitir leyes tendientes a apaciguar la crisis, como reflejo de los factores reales de poder. De tal modo que el asentamiento de la Casación y sus finalidades políticas como forma de unificar la jurisprudencia y su inserción en un sistema jurídico, y del mismo modo el de la doctrina probable, no obedece siempre a posiciones arbitrarias, sino a formas válidas de dar respuesta a los problemas específicos de la Nación.

En términos más generales, el nuevo orden jurídico plasmado en 1886, desde la Constitución regeneracionista, no apareció como obra del azar, del caso fortuito o de la fuerza mayor. Parafraseando a Lassalle, no solo frente a la situación concreta del siglo XIX en Colombia, sino en general frente a las fuentes formales del derecho: “*3º Pero las cosas que tienen un fundamento no son como son por antojo, pudiendo ser también de otra manera, sino que son así porque necesariamente tienen que ser. El fundamento a que responden no les permite ser de otro modo. Sólo las cosas carentes de un fundamento, que son las cosas casuales y fortuitas, pueden ser como son o de otro modo cualquiera. (…)*”⁶⁹².

Ahora bien, para Lassalle, la Constitución es norma de normas en los ordenamientos, de la cual se desprenden las demás reglas y la validez de las todas las instituciones, por tal motivo es única en su tipo, en la vigencia de las normas del Estado “*Si, pues, la Constitución es la ley fundamental de un país, (…)* una fuerza activa que hace, por un imperio de necesidad, que todas las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean lo que realmente son, de tal modo que, a partir de ese instante, no puedan promulgarse, en ese país, aunque se quisiese, otras cualesquiera”⁶⁹³. Asimismo, muestra la Constitución como representación del poder político, y no solo desde la noción normativa, destacando el papel del poder simbolizado en la Carta:

“(…) He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país.

⁶⁹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial, No. 1, 12 de febrero de 1887. p. 1.

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Conferencia pronunciada ante una agrupación ciudadana de Berlín, en abril de 1968. p. 38.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 45.

“¿Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución, es decir, con la Constitución jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí.

“Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en “instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado”⁶⁹⁴.

Igualmente, para Lassalle, las personas naturales también ayudan en la creación de la Constitución:

“Tampoco desconocen ustedes, señores, el procedimiento que se sigue para extender por escrito esos factores reales de poder, convirtiéndolos así en factores jurídicos.

“Claro está que no se escribe, lisa y llanamente: el señor Borsig, fabricante, es un fragmento de Constitución; el señor Mendelssohn, banquero, es otro trozo de Constitución, y así sucesivamente; no, la cosa se expresa de un modo mucho más pulcro, mucho más fino”⁶⁹⁵.

De consiguiente, es en ese contexto de concurrencia de un pasado agitado de elementos contradictorios con un presente que debe proyectarse al siglo XX, como surge, tanto la casación y su instrumento, la doctrina probable, luego de haber experimentado su paulatina inserción de diversos modos: doctrinal legal, doctrina legal más probable, doctrina probable.

Se impone la obligatoriedad de la doctrina probable, pero con la posibilidad de apartarse justificadamente de la misma, y si bien es cierto, a pesar de supresión de su invocación como motivo de casación autónomo en el ámbito civil y laboral. Precisamente el primer estatuto casacional colombiano, en forma expresa autorizaba la causal correspondiente como motivo casacional para quebrar las sentencias ilegales.

Empero, en el fondo de la cuestión, no es necesario, disponer una causal en forma independiente y autónoma por cuanto como adelante se puntuará, la infracción que pueda acontecer en la aplicación de la doctrina probable o en general de la observancia de una línea jurisprudencial, puede censurarse por cualquiera de las causales genéricas de la casación, por errores *iuris in iudicando*, *facti in iudicando* o errores *in procedendo*.

El carácter vinculante o persuasivo de la doctrina jurisprudencial, no tornó rígida la doctrina legal, pues permite a los jueces y a la propia Corte Suprema de Justicia separarse justificadamente. Tampoco puede reputarse como obstáculo para el cumplimiento de los fines unificadores o nomofilácticos de la casación, propósitos que también fueron en ese entonces, del movimiento regeneracionista; por el

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁹⁵ LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Conferencia pronunciada ante una agrupación ciudadana de Berlín, abril de 1968. p. 45.

contrario, fue, es y sigue siendo instrumento para rejuvenecer permanentemente la jurisprudencia.

En este contexto, la Corte Constitucional colombiana, analizando la constitucionalidad del art. 4 de la Ley 169 de 1896, señaló:

“[S]i bien la contradicción de la doctrina legal fue excluida como causal de casación, y se permitió a los jueces inferiores y a la Corte Suprema apartarse de las decisiones de esta última, las causales de casación por “interpretación errónea” y por “aplicación indebida de la ley” debían entenderse como contradicciones con la interpretación y aplicación hechas por la Corte Suprema de Justicia como juez de casación. Esto resulta evidente si [se] tiene en cuenta que, en su artículo 1º, dicha ley dispone que los fines principales de la casación son “uniformar la jurisprudencia” y “[e]nmendar los agravios inferidos a las partes”⁶⁹⁶.

De tal manera que en el tránsito del Estado Federal al sistema regeneracionista y unitario el recurso de casación se instituye como un medio judicial para centralizar judicial, política y jurídicamente la formación jurídica colombiana, a fin de implementar un sistema que impone unificar la legislación, la interpretación y la jurisprudencia, aspecto en el cual resulta coincidente con los fines del recurso de casación en el sistema francés.

Como existía en el siglo XIX multiplicidad de legislaciones, ante la presencia de nueve Estados autónomos, una ley nacional única resultaba imperativa, y simultáneamente se requería una Corte que centralizara y unificara su interpretación, propósito que se materializó a través de la doctrina probable.

Por consiguiente, la Ley 57 de 1887, la Ley 61 de 1886 y luego el art. 4 de la Ley 169 de 1896, representan instrumentos idóneos hacia la formación de Estado Nacional, Estado de Derecho, vinculando también en este designio a los jueces de la República a través de los mecanismos creados para la unificación de la jurisprudencia. Esto resulta más claro, si se tiene en cuenta que a la Ley 130 de 1913, la Corte Suprema ostentaba la jurisdicción plena y universal sobre la totalidad de los conflictos que acaecieran en el país.

Es en ese contexto, vemos cómo el derecho nacional muestra una paulatina y creciente inserción de la doctrina probable, con efectos vinculantes en nuestro sistema jurídico.

En síntesis, en pos de la refundación del Estado, como medios para contener su paulatina destrucción y socavamiento, para entonces se implementaron, como medidas radicales:

1. Instauración de un nuevo régimen constitucional, expidiendo la Constitución regeneracionista de 1886.

⁶⁹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836. Expediente D-3374. (9, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil [en línea]. Bogotá, D.C.:2001 [consultada el 1 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

2. Unificación legislativa, proscribiendo la pluralidad o dualidad de sistemas legislativos.
3. Centralización política y administrativa.
4. Centralización de la banca.
5. Creación del recurso de casación con finalidades de unificación jurisprudencial y nomofilácticas.
6. Instauración de un sistema de fuentes de derecho que consolida, la institución de la doctrina probable como instrumento de igualdad, seguridad jurídica y confianza ciudadana. De este último punto se ocupan las líneas siguientes, mostrando su etiología.

6.5 LEY 61 DE 1886⁶⁹⁷ LA DOCTRINA LEGAL – TRES DECISIONES

Esta ley marca una pauta importante con la instauración del Estado regeneracionista, el cual, ante la grave fracturación del territorio nacional en nueve Estados omnipotentes, donde al paso que se protegían las libertades exacerbó el caudillismo regional, encontró en la unificación de la jurisprudencial una herramienta de primer orden para propiciar la concordia y la unidad nacional desde la actividad judicial, instaurando la doctrina legal, en el art. 38 de la Ley 61 de 1886, texto que circunscribió a nueve los motivos de casación, y entre ellos, los numerales uno y dos, explícitamente señalaron:

“Art. 38. Son causales de nulidad, para el efecto de interponer el recurso de casación, los hechos siguientes:

1. *“Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de la ley sustantiva o de doctrina legal, o de fundarse en una interpretación errónea de la una o de la otra”.*
2. *“Hacer indebida aplicación de leyes o de doctrinas legales al caso del pleito”.*

El art. 39 definió la doctrina legal de la siguiente forma: *“Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso”.*

En lo consagrado en el art. 41 de la ley en análisis, se exigía indicar *“(…) la doctrina infringida y el concepto en que lo haya sido”*, como causal para fundar el recurso extraordinario de Casación, ante el Tribunal de cierre; en consecuencia, en esta órbita, iguala su valor normativo al del texto legal producto del legislador. De modo tal, una lectura integral total al artículo, no evidencia un trato diferencial entre estas dos fuentes del derecho:

⁶⁹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 61. (25, noviembre, 1886) Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales. Diario Oficial No. 6.881 - 6.882 de 5 de diciembre de 1886.

“El que pretenda interponer el recurso de casación contra una sentencia de las mencionadas en el artículo 32, presentará ante el mismo Tribunal, dentro del mencionado término de treinta días, que será improrrogable, un escrito en que pida que se le conceda el recurso. En el mismo escrito designará la causal o causales de nulidad de las mencionadas en el artículo 38, en que funda la interposición del recurso, y al hacerlo, expondrá las razones porqué estima haberse incurrido en la causal o causales de nulidad alegadas, Así, por ejemplo, si la causal de nulidad fuere la primera, deberá decirse **cuál es la ley o doctrina legal que se cree infringida y el concepto en que lo haya sido**”⁶⁹⁸.

De consiguiente, es la Ley 61 de 1886, el primer sistema normativo que adopta en forma expresa la obligatoriedad de la doctrina probable, sin embargo, lo hace con el nombre de doctrina legal, como resultado del afianzamiento de tres decisiones uniformes.

6.6 LEY 57 DEL 15 DE ABRIL DE 1887⁶⁹⁹

Con esta Ley, se adoptan por parte del gobierno central, los códigos que deben regir el territorio, ante la libertad de configuración legislativa que tenían los nueve Estados Federales por virtud de la libérrima autorización constitucional de 1863, de tal modo, que en el territorio sobrevivía la tendencia de la “dualidad de códigos, razón por la cual, en pos de unificar, uno de los primeros propósitos era determinar cuáles códigos regirían en el país. Esa fue la razón para expedir una ley, “*Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional*”. De manera que la Ley 57 de 1887 entre otras cosas dispuso:

“El Consejo Nacional Legislativo DECRETA:

(...)

“Artículo 110.- El recurso de casación se concederá, respecto de las sentencias en que conforme a la Ley 61 de 1886 debe concederse, (...)”.

(...)

“Artículo 116.- La Corte Suprema, a solicitud de los Tribunales Superiores de Distrito, o a propuesta de cualquier Magistrado de la misma Corte, resolverá sobre las dudas que ocurran en la inteligencia de las leyes sobre organización y procedimientos judiciales. Las resoluciones que en estos casos dicte la Corte serán uniformemente cumplidas en todos los Juzgados y Tribunales de la República, mientras el Congreso resuelve lo conveniente”⁷⁰⁰.

El Consejo Nacional regeneracionista rediseña el ordenamiento jurídico por medio de esta Ley, por este motivo determina en la diversidad legislativa de nueve Estados, cuáles de esas normatividades a partir del nuevo orden, serán las aplicables. No solamente apuesta por la unificación integral del sistema jurídico, para superar el caos legislativo, sino que en el art. 116 otorga a la Corte Suprema

⁶⁹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 61. (25, noviembre, 1886) Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales. Diario Oficial No. 6.881 - 6.882 de 5 de diciembre de 1886.

⁶⁹⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 (20, abril, 1887). Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1887. No. 7.019.

⁷⁰⁰ *Ibidem*.

una poderosa herramienta de unificación jurisprudencial, hoy inexistente y consistente en la posibilidad de que el máximo tribunal “(...) a solicitud de los Tribunales Superiores de Distrito, o a propuesta de cualquier Magistrado de la misma Corte (...)”, resuelva “(...) las dudas que ocurran en la inteligencia de las leyes sobre organización y procedimientos judicial”, imponiendo seguidamente, sin excusa alguna, que “las resoluciones que en estos casos dicta[ra]”, debían ser “(...) uniformemente cumplidas en todos los Juzgados y Tribunales de la República”, mientras el Congreso resolviera lo conveniente.

No obstante, la prevalencia de la tradición del *civil law* o continental, familia donde la ley cobra importancia y la jurisprudencia no reviste la misma fuerza que se le otorga en el *common law*, dos circunstancias apoyan la autoridad de la jurisprudencia, en forma contraria a como algunos creen que las sentencias judiciales no tenían ninguna fuerza vinculante desde entonces. La primera tiene que ver con que el Consejo Nacional legislativo del nuevo Estado regeneracionista no derogó la Ley 61 de 1886 que como se dejó expuesto, abogó y defendió la obligatoriedad de la doctrina legal, y en segundo lugar, al incorporar el C. C., que había sido expedido y sancionado el 26 de mayo de 1873, dejó intactos los textos del C.C., que defienden la unificación del ordenamiento, tales como el art. 17 sobre la fuerza obligatoria de las sentencias, el art. 25 sobre la interpretación legal a cargo del legislador, el 18 sobre la obligatoriedad de la ley, tanto para los nacionales como para los extranjeros residentes en Colombia; y el 26 sobre la interpretación doctrinal.

En el artículo 17, se dispone:

*“Art. 17. Fuerza de las sentencias judiciales. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”*⁷⁰¹.

En el artículo 25 del Código Civil, se lee:

*“Art. 25. Interpretación por el legislador. La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador. (La sentencia C-820 de 2006, declaró inexecutable las expresiones “con autoridad” y “solo”)*⁷⁰².

Y, por último, en el artículo 26 del Código Civil, se añade:

“Art. 26. Interpretación doctrinal. Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos,

⁷⁰¹ Este artículo fue demandado ante la Corte Constitucional, y fue declarado exequible por sentencia C-461 de 2013, bajo el entendido de que las sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad tienen efectos erga omnes y extensivos.

⁷⁰² El artículo fue demandado y se discutió la legitimación o función interpretativa de la Ley. La Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “con autoridad” y “solo”, mediante sentencia C-820 de 2006. Entendió que la interpretación constitucional que de la ley oscura hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio y general. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.

“Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina”⁷⁰³.

En primer lugar, debe precisarse que no es del todo cierto, que la entrada en vigor del C.C. colombiano haya restado importancia a la eficacia a la doctrina jurisprudencial en el quehacer jurídico colombiano del siglo XIX. El C.C. como instrumento de expansión del capitalismo y de consolidación del Estado de Derecho, ciertamente requiere ubicar la Ley en el centro del debate, porque surge como elemento revolucionario que otorga igualdad a los ciudadanos, al menos teóricamente, sin embargo, el primado de la ley en materia de fuentes no significó desechar la importancia de la jurisprudencia ni de la unificación como medio para formar ciudadanía y país, aquilatando la unidad y la igualdad.

En segundo lugar, la prevalencia que el C.C. da a la ley, destinando la parte preliminar de los Códigos para defender su rol jurídico en la antesala de los cuatro libros de lo integran, tal como se halla en otros códigos de la región para la misma época, cuando se estructuran las jóvenes republicas, no es un rechazo a la jurisprudencia y su función democrática. Dar prevalencia a la ley, es complementariamente, no un desprecio por la jurisprudencia, sino un instrumento para superar las formas personalistas y absolutistas de los Estados de origen feudal, esclavistas y colonialista guiados por la premisa “*rex fons regem*”, traduciendo un salto cualitativo al principio “*lex fons regem*”. De tal manera que la importancia de la ley no significa el desvanecimiento y el desconocimiento de la jurisprudencia.

En tercer lugar, el mismo Código defiende la libertad y autonomía judicial en la interpretación de la ley, inclusive plasma la posibilidad de aplicar los principios generales de derecho ante la falta en las otras fuentes de elementos para resolver la controversia.

Y hoy, es necesario puntualizar que por virtud de la fuerza que toma la jurisprudencia en la dialéctica de la lucha por el monopolio de las fuentes de derecho, en la etapa de consolidación del precedente, desde la Constitución de 1991, con el fin de equiparar o al menos acercar el peso del precedente a la prevalencia de la ley, en el sistema del *civil law*, la Corte Constitucional en su lucha por posicionar el precedente, mediante la Sentencia C-820 de 2006 declaró inexecutable las expresiones “con autoridad” y “solo”, contenidas en el art. 25 del C.C., para significar que la jurisprudencia tiene un valor interpretativo sobresaliente y determinante en la construcción de Estado de Derecho para la protección de los derechos fundamentales, de modo que, no es la ley la fuente formal absoluta y omnímoda en la creación y aplicación del derecho.

⁷⁰³ COLOMBIA. SENADO DE PLENIPOTENCIARIOS. Ley 84 (26, mayo. 1873). Código Civil De Los Estados Unidos De Colombia. Diario Oficial N.7019.

La sentencia mostró un enconado debate al interior de la Corte Constitucional en relación con la decisión C-037 de 1996, la interpretación y la autoridad antagónica entre las reglas 243 y 230 de la Carta de 1991, y por supuesto, la lucha por el reposicionamiento de las fuentes formales en el sistema jurídico patrio.

6.7 LEY 153 DE 1887⁷⁰⁴. LA DOCTRINA LEGAL MÁS PROBABLE. TRES DECISIONES

El concepto de doctrina legal al adquirir carta de ciudadanía en el derecho colombiano es ratificado por la Ley 153 de 1887; sin embargo, toma el nombre de doctrinal legal más probable.

En el art. 10 de esta ley se expresa: *“En casos dudosos, los jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrinal legal más probable”*⁷⁰⁵.

Y en art. 239 agregó como causal autónoma de casación la siguiente:

“(…) ser la decisión contraria en un punto de derecho a otra decisión dictada por el mismo tribunal o por dos tribunales diferentes, siempre que las dos decisiones contrarias sean posteriores a la época en que empezó a regir la unidad legislativa”.

En el artículo cuarto de la Ley 153 de 1887⁷⁰⁶ se emplea la expresión *“reglas de la jurisprudencia”* significando que *“servirán para ilustrar la Constitución en los casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”*. Esta expresión se insertó en nuestro ordenamiento para cuando las funciones constitucionales de guardianía estaban en manos de la Corte Suprema, pero al mismo tiempo cuando se asignó la tarea direccional con la doctrina probable, demuestra en el derecho colombiano que la jurisprudencia no solamente es una fuente de derecho, también medio al alcance para interpretar la aplicación del derecho, para resolver los casos dudosos y para la integración del derecho desde hace más de ciento treinta años.

Sin embargo, lo relevante en la forma como moldea la nomenclatura de la doctrina probable, al designarla doctrina legal más probable estriba en el hecho de atribuir a la casación la función de ser un auténtico medio de búsqueda de la nomofilaquia al autorizar una causal independiente de casación, consistente en *“ser la decisión contraria en un punto de derecho a otra decisión dictada por el mismo tribunal o por dos tribunales diferentes, siempre que las dos decisiones contrarias sean*

⁷⁰⁴ COLOMBIA.CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153. (15, agosto, 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diarios Oficiales Nos. 7.151 y 7.152

⁷⁰⁵ Como adelante se explica, este texto fue subrogado por el art. 4 de la 169 de 1896.

⁷⁰⁶ Cuyo segmento *“Los principios de derecho natural”* fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante la Sentencia- C-284-15 de 13 de mayo de 2015, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

*posteriores a la época en que empezó a regir la unidad legislativa*⁷⁰⁷, motivo casacional que transformaba la jurisprudencia en una real y auténtica fuente normativa.

6.8 LEY 105 DE 1890⁷⁰⁸. AUTORITARISMO DEL PRECEDENTE. LA DOCTRINA LEGAL: DOS DECISIONES

La Ley 105 de 1890 que introdujo una gran reforma a los procedimientos judiciales en el siglo XIX, continuó por la misma senda de la Ley 61 de 1886 y de la Ley 153 de 1887, pero modificó radicalmente el nombre de la doctrina jurisprudencial para adherirse a un instrumento más autoritario de unificación jurisprudencial por que para su propósito bastaban dos decisiones. De ese modo, introdujo una modificación en el artículo 371 al reducir a dos el número de antecedentes proferidos por la Corte Suprema de Justicia, que podían constituir doctrina legal.

En primer lugar, estableció la finalidad de afirmar la jurisprudencia por vía de la casación en el art. 366:

“Con el fin principal de uniformar la Jurisprudencia, y también con el de que se enmienden los agravios inferidos, se concede recurso de casación para ante la Corte Suprema contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en asuntos civiles y en juicio ordinario(...) Que haya contrariedad en las sentencias de primera y segunda instancia en cuanto a la inteligencia, o indebida aplicación de las leyes en que se apoyan, o en cuanto a lo principal del pleito”⁷⁰⁹.

En el art. 367 propone el recurso de casación con criterio encaminado a ampliar el ámbito de influencia de la doctrina legal a materias hoy vedadas al propio recurso, puesto que los procesos de ejecución universal, por ejemplo, actualmente no son objeto de casación, a pesar de ser una de las áreas de mayor impacto y con mayor disparidad de criterios. En efecto autoriza en el texto en cuestión: *“Puede también interponerse recurso de casación contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores en los juicios de concurso de acreedores, cuando exista la primera de las causales del artículo 369 de esta ley, y ocurran, además, las tres circunstancias mencionadas en el artículo anterior”*.

En el art. 369 consignó como primer motivo para acudir en casación civil, señalando:

“Art. 369. Dan derecho a interponer recurso de casación, en materia civil, los hechos siguientes:

⁷⁰⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153. (15, agosto, 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diarios Oficiales no. 7.151 y 7.152

⁷⁰⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105. (24, noviembre, 1890). Sobre reformas a los procedimientos judiciales. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 8.296.

⁷⁰⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105. (24, noviembre, 1890). Sobre reformas a los procedimientos judiciales. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 8.296.

“1. **Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva o de la doctrina legal:** ya sea directa la violación; ya sea ésta efecto de una interpretación errónea de la ley o de la doctrina legal, ya de aplicación indebida de leyes o de doctrinas legales”.
“Es entendido que al ocuparse la Corte en el examen de la sentencia con motivo de esta causal, es sobre la base de que son verdaderos los hechos en que se apoya la sentencia, a menos que se alegue por el recurrente; contra la apreciación de determinada prueba, y del expediente mismo resulte que, en efecto, se incurrió en error de derecho o error de hecho, siempre que este último se acredite de un modo evidente, con documentos o autos auténticos que obren en el proceso” (negrilla fuera del texto).

De la misma manera, en materia de casación penal en el art. 370 numeral primero, era motivo para formular casación la violación de la doctrina legal.

Y el art. 371 de esta Ley se encargó de definir en qué consistía la doctrina legal, expresando: *“Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que a una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso”*.

La cuestión no pasó inopinada. Esa doctrina se discutió, por ejemplo, en sentencia del 23 de agosto de 1891 en un juicio procedente del municipio de Concordia del Distrito Judicial de Antioquia donde se expuso:

“La Corte entra á considerar si en el presente caso existen las causales de casación establecidas para los asuntos criminales por el artículo 370 de la Ley 105 de 1890. No ha sido la sentencia violatoria de ninguna ley ó doctrina legal; pues la disposición penal aplicada es la que corresponde al delito cometido, según la calificación del jurado”.

(...)

“Esta Suprema Corte ha sentado como doctrina jurídica que el veredicto del Jurado es intocable en cuanto á los puntos de hecho resueltos en él, y que para que ese veredicto pueda ser declarado injusto, es necesario que en el proceso mismo exista la prueba legal suficiente para, considerarlo tal. Con efecto, sabido es que el Jurado, como Tribunal de hecho, puede ilustrar su juicio con todos los datos de que pueda disponer, aunque sean extraños al proceso; pero la Corte como tribunal de derecho, no puede proceder lo mismo”⁷¹⁰.

Algo para destacar se halla en el art. 383 con relación al fallo de casación porque allí se impuso como obligación de la Corte cuando se trataba de la vía directa o indirecta, expresar en términos claros, precisos y generales con efectos de regla de derecho la genuina inteligencia de las leyes, esto es, que la decisión constituía regla general del derecho.

⁷¹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 23 de agosto de 1891. Gaceta Judicial VI, publicada el 28 de octubre de 1891. p. 282.

En el art. 392, trató el problema cuando se presentan sentencias contrarias en materia civil de un mismo Tribunal o de uno diferente, caso en el cual por vía de casación la Corte debía decidir sobre la contrariedad o la interpretación correcta de las leyes aplicables. La regla en cuestión exponía:

“Cuando un Tribunal Superior de Distrito Judicial dicte sentencia definitiva de segunda instancia en asunto civil y en juicio ordinario, o que tenga carácter de tal, o en juicio de concurso de acreedores, y dicha sentencia sea contraria a otra del mismo Tribunal o de uno distinto, refiriéndose la contrariedad a las causales 1a. o 5a. de las mencionadas en el artículo 369 de esta ley, la Corte resolverá sobre la contrariedad: ya fijando la genuina inteligencia de las leyes aplicadas; ya determinando las que han debido aplicarse; ya haciendo ver que los hechos en que las sentencias se fundan no son idénticos; o ya resolviendo sobre la competencia del Tribunal para conocer en el asunto a que dichas sentencias se refieren; pero no resolverá sobre el caso del pleito, sino en tanto que se haya interpuesto oportunamente recurso de casación, conforme a lo ya establecido y a las causales fijadas”⁷¹¹.

Se trataba del autoritarismo de la doctrina legal por cuanto solo “dos” decisiones, constituían doctrina legal, cuya infracción permitía acudir en casación para reconducir las decisiones de los tribunales y de los jueces del país hacia la observancia plena de las líneas jurisprudenciales fijadas por la Corte de Casación. Era la aceptación plena del precedente vinculante con efectos *erga omnes*.

6.9 LEY 169 DE 1896⁷¹². LA DOCTRINA PROBABLE. RETORNO AL PRECEDENTE PERSUASIVO. TRES DECISIONES UNIFORMES

Esta normatividad contiene una serie de reformas judiciales, teniendo en cuenta la experiencia que sobre la aplicación de la jurisprudencia y sobre sus efectos vinculantes venía dándose en el país. El legislador es consciente de los fines que debe cumplir la jurisprudencia como fuente de derecho y como medio para resolver las controversias, así como para el aquilataamiento del Estado de Derecho y de los principios democráticos.

La jurisprudencia, se unifica por medio de la observancia de líneas jurisprudenciales estables y certeras. Por ello, el legislador colombiano, sin abandonar la tradición, mantiene el respeto por la doctrina jurisprudencial, no prescinde de la disciplina del precedente, simplemente por medio de esta ley, le introduce los ajustes necesarios, para en lugar de someter a los jueces al autoritarismo de dos decisiones, relativiza la obligatoriedad de la doctrina legal. En lugar de dos decisiones, ahora serán

⁷¹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105 (24, noviembre, 1890). Sobre reformas a los procedimientos judiciales. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 8.296.

⁷¹² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 169 (31, diciembre. 1896). Diario Oficial 10235 de enero 14 de 1897. Su artículo fue declarado exequible la Corte Constitucional mediante Sentencia C-836 de 2001, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la respectiva Sentencia.

necesarias tres para formar una doctrina; además, en lugar de la denominación doctrina legal, adopta el nombre de “doctrina probable”; y complementariamente, la Ley 169 introduce, la posibilidad por parte del juez de separarse de la doctrina probable en caso de juzgar “(...) *erróneas las decisiones anteriores*”.

En ese sentido el art. 1, dispuso:

“Con el fin principal de uniformar la jurisprudencia, y con el de enmendar los agravios inferidos a las partes, se concede recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en asuntos civiles y en juicio ordinario o que tenga carácter de tal; y contra las que se pronuncien en los juicios de concurso de acreedores y los de sucesión por causa de muerte, siempre que la cuantía en estos últimos sea o exceda de seis mil pesos (\$ 6.000). En los demás casos bastará que la cuantía del juicio al tiempo de la demanda sea o exceda de tres mil pesos (\$ 3.00)”⁷¹³.

Aquí se introducen serias modificaciones a la disciplina de doctrina probable en los arts. 2 y 3 al señalar las causales respecto de las sentencias acusables en materia de casación civil y penal. En efecto, se excluye como causal expresa de casación la violación de la doctrina legal; no obstante, por la naturaleza de la ley y por las finalidades, que ostenta el recurso, la infracción a una línea jurisprudencial, por la misma disposición de ley continúa siendo causal de casación, con fundamento en el eventual violación del art. 4, en el cual se incrementaron las decisiones uniformes a tres, en lugar de dos, disponiendo: “*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta, para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue errónea las decisiones anteriores*”.

De consiguiente, la aplicación de esta doctrina no es una idea reciente. Su vigencia ha sido permanente; precisamente, en 1916 como otras muchas, la Sala de Casación resolvía un caso concreto, en el cual, en el motivo quinto, se denunciaba la sentencia por desconocimiento de una doctrina probable, la Corte reedita el problema sometido a juzgamiento:

“Citando la parte varias sentencias de la Corte en que estima resuelto el problema de la retroactividad del matrimonio en sentido favorable a sus pretensiones, invocó en el alegato de conclusión de segunda instancia el artículo 4.º de la Ley 169 de 1896, según el cual “tres decisiones uniformes de la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe de doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”⁷¹⁴.

⁷¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 169. (31, diciembre, 1896). Sobre reformas judiciales. Bogotá: Diario Oficial no. 10235 de enero 14 de 1897.

⁷¹⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de 26 de septiembre de 1916. M.P. Dr. Tancredo Nannetti. Gaceta Judicial Tomo Xxv, N° 1314 y 1315, p. 461.

La Corte, una vez captado el problema, procede a aclarar, adoctrinando:

“1.º Como la ley no trata de doctrina legal obligatoria, sino de doctrina probable, el quebramiento del artículo 4.º de la Ley 169 de 1896 no da lugar a casación.

“La Corte puede variar la doctrina que haya establecido antes.

“2.º No se consideró violado en el recurso aquel artículo”⁷¹⁵.

Este es, precisamente, el precepto 4 el que ha dado lugar a la sentencia C-836 de 2001 con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, que amplía el espectro y los efectos de la doctrina probable a la totalidad de la jurisdicción.

6.10 ARTÍCULO 21 DEL DECRETO 2304 DE 1989⁷¹⁶ Y PREOCUPACIÓN POR LA UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El gobierno colombiano expidió en 1984 un nuevo Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, y una de sus reformas más trascendentales se introdujo con el Decreto 2384 de 1989. En uno de sus artículos, procuró resolver un problema sentido al interior de la jurisdicción contencioso administrativa como consecuencia del permanente cambio de criterio jurídico en decisiones judiciales sobre la misma materia.

Como medio para introducir seguridad jurídica y confianza legítima, se abogó por la creación del recurso extraordinario de súplica, tendiente a buscar unidad jurisprudencial, ante los autos interlocutorios o las sentencias que contrariaran la jurisprudencia del Consejo de Estado. El precepto en cuestión señalaba:

“Habrá recurso de súplica, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluidos los Consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las Secciones cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.

“En el evento en que se interponga el recurso se indicará, en forma precisa, la providencia en donde conste la jurisprudencia que se repute contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o de la sentencia”⁷¹⁷.

Este canon fue demandado ante la Corte Constitucional en acción de inconstitucionalidad, radicada con el número D-164 y contra los incisos primero

⁷¹⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de 26 de septiembre de 1916. M.P. Dr. Tancredo Nannetti. Gaceta Judicial Tomo Xxv, N° 1314 y 1315, p. 461.

⁷¹⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2304. (07, octubre, 1989). Bogotá: Diario Oficial no. 39013 de 7 octubre 1989.

⁷¹⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2304. (07, octubre, 1989). Bogotá: Diario Oficial no. 39013 de 7 octubre 1989.

y segundo del artículo 21 del Decreto 2304 de 1989 y mediante Sentencia C-104 de 1993⁷¹⁸, se resolvió la cuestión.

Expuso la sentencia que la diferencia entre la jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país y la constitucional, consiste en que las sentencias de la Corte Constitucional, como las del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad (art. 175 del Código Contencioso Administrativo) tienen efectos *erga omnes*, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos *inter partes*; de manera que la Jurisprudencia de los jueces y tribunales no establecen un precedente obligatorio, constituyendo solo un criterio auxiliar, mientras que la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional con efectos obligatorios hacia el futuro.

Ahora bien, la incidencia pretoriana en lo administrativo para fortalecer en materia de fuentes el vigor y finalidades de la jurisprudencia puede inferirse desde el art. 24 del Decreto 528 de 1964 "*Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia*", *precepto según el cual*, las Salas y secciones de lo Contencioso Administrativo deben sesionar conjuntamente "*cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia*"; de manera que la modificación jurisprudencial compelió para mayor seguridad al colegiado en pleno.

El Acuerdo 2 de 1971, contenido del Reglamento del Consejo de Estado en el artículo 13 reputaba como jurisprudencia, en materia contencioso-administrativa, a "*dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho*", con el propósito de apuntalar la unificación doctrinal; y procedimentalmente disponía que los cambios jurisprudenciales debían realizarse por la "*Sala Plena Contenciosa*", convocada por la Sala o Sección que tramitaba el asunto, contando para el particular con el informe de la existencia o no de cambio de jurisprudencia por parte de la relatoría del Consejo.

En este contexto, vino el recurso de súplica para obtener unificación jurisprudencial con el artículo 2 de la Ley 11 de 1975, el cual procedía ante la Sala Plena de lo Contencioso, contra autos interlocutorios o sentencias, que cambiaban la jurisprudencia sin la aprobación de la Sala Plena, para corregir la violación de la línea vigente.

Empero, el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo vigente hasta junio de 2012, desafortunadamente derogó los artículos 24 del Decreto 528 de 1964 y el artículo 2 de la Ley 11 de 1975, en franco retroceso para apalancar la unificación jurisprudencial. Sin embargo, años más tarde, para subsanar ese yerro el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, revivió el recurso de súplica, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, contra sentencia que acogiera una "*doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación*", sin la aprobación de la Sala Plena.

⁷¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104. Expediente N° D-164. (11, marzo, 1993). M.S. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993 [consultado el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm>

En el citado control constitucional, con la Sentencia C-104 de 1993, la Corte Constitucional expuso que “*el conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que desatando casos iguales decide en forma uniforme*”⁷¹⁹, constituyen jurisprudencia, advirtiendo que una forma de alcanzar “*la unidad de un ordenamiento jurídico*”⁷²⁰ es a través de “(…) *la unificación de la jurisprudencia*”⁷²¹ realizable por medio del recurso de súplica, para evitar, “*decisiones diferentes frente a casos similares*”⁷²², de tal modo que el cambio debía ser decidido por la Sala Plena, y en forma explícita en la sentencia.

No obstante, el recurso y su trámite como estaban concebido en el art. 21 del Decreto 2304 de 1989 fueron derogados por los artículos 38 y 57 de la Ley 446 del 7 de julio de 1998⁷²³. De estos nuevos textos, el 57 aludió a los recursos extraordinarios que podrían intentarse en lo contencioso, ante el honorable Consejo de Estado, consignando la revisión y el recurso extraordinario de súplica. Precisamente el art. 57 de la Ley 446 de 1998, titulado “*Recursos ordinarios, consulta y recursos extraordinarios*”, señaló que el Título XXIII del Libro 4° del Código Contencioso Administrativo” quedaba conformado por todo el conjunto de recursos contenciosos y entre ellos, introduce el siguiente texto, para el modificado Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, de la siguiente forma:

“**Artículo 194.** Del recurso extraordinario de súplica. El recurso extraordinario de súplica, procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por cualquiera de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado. Es causal del recurso extraordinario de súplica la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas. Los miembros de la Sección o Subsección falladora estarán excluidos de la decisión, pero podrán ser oídos si la Sala así lo determina.

“En el escrito que contenga el recurso se indicará en forma precisa la norma o normas sustanciales infringidas y los motivos de la infracción; y deberá interponerse dentro de los veinte (20) días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia impugnada, ante la Sección o Subsección falladora que lo concederá o rechazará”⁷²⁴.

⁷¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104. Expediente D-164. (11, marzo, 1993). M.S. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm>

⁷²⁰ *Ibíd.*

⁷²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104. Expediente D-164. (11, marzo, 1993). M.S. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm>

⁷²² *Ibíd.*

⁷²³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 446. (8, julio, 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Bogotá D.C.: Diario Oficial n° 43335.

⁷²⁴ COLOMBIA.PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 1. (2, enero, 1984). Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Bogotá: Diario Oficial No. 36.439 del 10 de enero de 1984.

En los segmentos siguientes del art. 194 se dejó regulada la forma de proceder y su trámite. Ahora es necesario recordar, que como el recurso procedía contra sentencias, ejecutoriadas, se hacía necesario prestar caución para suspender el cumplimiento de los efectos de la sentencia:

“Con todo, cuando se trate de sentencia condenatoria de contenido económico, el recurrente podrá solicitar que se suspenda el cumplimiento de la misma, prestando caución para responder por los perjuicios que dicha suspensión cause a la parte contraria, incluyendo los frutos civiles y naturales que puedan percibirse durante aquella. El ponente fijará el monto, naturaleza y término para constituir la caución, cuyo incumplimiento por parte del recurrente implica que se declare desierto el recurso. Los efectos de la sentencia quedan suspendidos hasta cuando se decida”⁷²⁵.

Se trató de una reelaboración en lo contencioso de un recurso de Casación, pero susceptible de ser formulado exclusivamente por la violación directa de la ley sustancial o por los doctrinalmente conocidos *errores iuris in iudicando*, esto es, por la conocida vía directa de carácter casacional, por falta de aplicación de la Ley material, por aplicación indebida y por interpretación errónea.

Empero, este recurso ideado por la Ley 11 de 1975 y luego por el art. 21 del Decreto 2304 de 1984, mutado posteriormente en recurso de naturaleza casacional por causal de puro derecho, fue derogado por la Ley 1437 de 2011, nuevo CPACA; sin embargo, difería del recurso ordinario de súplica que consagran la mayoría de los ordenamientos procesales contra los autos que son dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia, y que por naturaleza serían apelables, o contra los que rechazan o declaran desierta la apelación o un recurso extraordinario, muy diverso del que procura unificar la jurisprudencia.

En el nuevo Código CPACA, subsiste, el recurso ordinario de súplica, no el extraordinario introducido con fines de afianzar la unificación jurisprudencial.

6.11 DOCTRINA CONSTITUCIONAL CON CARÁCTER OBLIGATORIO. EFECTOS DE LOS FALLOS EN LOS JUICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD

El nuevo orden constitucional permitió rediseñar los juicios de constitucionalidad, regulados por el Decreto 2067 de 1991. A partir de ese instante, vino un conjunto de sentencias que procuran solidificar una línea de pensamiento que aboga por fortalecer la fuerza de la doctrina constitucional.

Ese Decreto fue objeto de control constitucional, en oportunidades y por causas diferentes. El art. 21 del mismo prescribió:

⁷²⁵ COLOMBIA.PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1. (2, enero, 1984). Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Bogotá: Diario Oficial No. 36.439 del 10 de enero de 1984.

“Artículo 21. “(...) [L]a Corte Constitucional podrá señalar de manera expresa que los efectos de la cosa juzgada se aplican sólo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia. (...)”

“Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.

(...)

“Excepcionalmente la Corte Constitucional podrá señalar de manera expresa que los efectos de la cosa juzgada se aplican sólo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia. En este evento, dentro de los diez días siguientes a la notificación del fallo, el demandante podrá solicitar a la Corte cualquier aclaración al respecto (subrayado fuera del texto)”⁷²⁶.

El texto fue objeto de análisis por parte de la Corte constitucional, y al motivar la decisión se preguntó:

“Pero, fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste? Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución. Sujeción que implica tener en cuenta los fines del derecho objetivo, y de la constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica.

“En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad”⁷²⁷.

Siendo de ese modo la respuesta que ofertó la Corte a la pregunta que directamente se formuló, expone cuáles funciones corresponden al Juez constitucional, de modo que se infringían los arts. 121 y el 113 de la C.N., al desconocer que estas son diferentes y separadas para los poderes públicos. Agrega, entonces, que el art. 241 *ejúsdem* le confía la misión de guardar la *“integridad y supremacía de la Constitución”* por medio de sentencia donde señale sus efectos. *“En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”⁷²⁸*, porque de otra manera, se impediría defender los derechos de los súbditos frente a las autoridades.

⁷²⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2067. (4, septiembre, 1991). Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la corte constitucional. Bogotá: Diario Oficial 40012. Sobre los efectos de la sentencia de inexecutable: futuros o *ex nunc*, retroactivos o *ex tunc* y diferidos pueden consultarse en mi obra, *Teoría y Técnica de la Casación*. 2ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2008, p. 219, así como la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 17 de julio 1915.

⁷²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113. Expediente D-096. (25, marzo, 1993). M.P. Jorge Arango Mejía [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993 [consultada el 10 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-113-93.htm>

⁷²⁸ *Ibíd.*

Con relación al art. 21, según el cual, “*las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares*”, la Corte simplemente recuerda que es una reiteración del inciso primero del art. 243 de la Carta tocante con la cualidad propia de las sentencias de constitucionalidad sea en el ámbito sustancial o procesal.

Empero, evoca, “(...) *las que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, tienen efecto **erga omnes**, por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad*”⁷²⁹. Adicionalmente, si bajo el pretexto de “(...) *aclarar la sentencia se restringen o se amplían los alcances de la decisión, o se cambian los motivos en que se basa, se estará en realidad no ante una aclaración de un fallo, sino ante uno nuevo. Hipótesis esta última **que pugna con el principio de la cosa juzgada, y atenta, por lo mismo, contra la seguridad jurídica*** (negritas fuera del texto)”⁷³⁰.

En relación con el art. 23 del mismo Decreto, motivó porqué resultaba obligatoria la jurisprudencia constitucional contentiva de doctrina constitucional, y además, imperativa para todas las autoridades: “*La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar “obligatorio” para las autoridades y corrige la jurisprudencia*”. Sin embargo, el segmento “obligatorio”, subrayado, se recuerda fue declarado inexecutable, mediante Sentencia C-131 de 1993, exponiendo que las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explícitas en la sentencia.

Se precisa, ese precepto nuevamente fue objeto de acción de inconstitucionalidad y en la sentencia C-217-93⁷³¹, del 7 de junio de 1993, decidió dejarlo a lo dispuesto a lo fallado en la Sentencia C-131-93, en la cual se declaró inexecutable el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991’.

Luego, la Sentencia C-037 de 1996, al realizar el control oficioso de constitucionalidad de la Ley Estatutaria, insistió, que “(...) *la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio general*”⁷³².

Las sucesivas demandas al texto muestran que la interpretación realizada por la Corte Constitucional a las disposiciones demandadas, es por vía de autoridad, y con carácter autoritario, es decir, con efectos obligatorios y vinculantes para todos.

Sin embargo, debe distinguirse que la interpretación de la ley con criterio de autoridad, realizada en decisiones de control de constitucionalidad por la Corte

⁷²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113. Expediente No. D-096. (25, marzo, 1993). M.P. Jorge Arango Mejía [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-113-93.htm>

⁷³⁰ *Ibíd.*

⁷³¹ *Ibíd.*

⁷³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Expediente: P.E.-008. (5, febrero, 1996). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa [en línea]. Bogotá, D.C.: 1996 [consultada 15 agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

Constitucional, es diferente a la realizada por el Legislador con fundamento en el art. 150 de la C. N. numeral primero, según el cual, corresponde al Congreso: “Interpretar, reformar y derogar las leyes”, en concordancia con el art. 25 del C.C., texto de la codificación civil que fue objeto de control constitucional mediante la sentencia C-820 de 2006 que decidió su exequibilidad, por cuanto, la interpretación de la Corte, itérase, emana de los arts. 241 y 243, en las decisiones constitucionales de carácter judicial, y no del aludido 150 *ejúsdem*.

Los preceptos analizados, han resistido los análisis de constitucionalidad, los cuales apuntan en línea a mostrar la necesidad de observar la doctrina jurisprudencial, sin que se afecte la independencia judicial, porque apuntan a la observancia del principio de igualdad, pues “(...) *de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad*”⁷³³; y en consecuencia, se abriría la puerta para aniquilar los derechos fundamentales.

En el mismo esquema se halla la Sentencia C-820 de 2006, cuando declara exequible el art. 25 del Código Civil, salvo las expresiones “*sólo*” y “*con autoridad*”, al considerar que la interpretación constitucional de una manera general, no es exclusiva del legislador, también está a cargo de la Corte Constitucional en su tarea de guardianía constitucional, y en este caso, también con carácter obligatorio y general.

Lo relevante en estas decisiones, es la muestra del poder determinante que, por vía de la interpretación jurisprudencial, reclama y defiende la Corte Constitucional en pro de la consecución del monopolio de las fuentes formales del derecho, frente a otros poderes, por medio de la jurisprudencia, como guardiana de la constitución, aspecto que a continuación se refleja más claramente.

6.12 LEY 270 DE 1996, ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. SENTENCIA C-037 DE 1996

Esta Ley, en varios de sus preceptos regula el efecto de las decisiones de constitucionalidad y de tutela como en general de las sentencias de los jueces colombianos. Por su naturaleza Estatutaria, fue objeto de control automático, sin embargo, al ejercerlo, el máximo Tribunal Constitucional, dejó intactos algunos preceptos y otros los precisó, otros los declaró inexecutable, en la Sentencia C-037 de 1996. En el punto es necesario aludir a los artículos 45 y 48.

La Ley, así como los fallos de inexecutable de la Corte, sólo tienen efecto hacia el futuro por regla general, salvo, para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.

⁷³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-217. Expediente no. D-215. (7, junio, 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993 [consultada el 10 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-217-93.htm>

Uno de los puntos debatidos fue el monopolio de la interpretación de la ley, si este se hallaba en manos del Congreso o en la Corte Constitucional, aspecto vital, por cuanto, significaba hacia el futuro, cuál era el papel del precedente o de la doctrina probable.

En esta ley, el Congreso de la República reclama el privilegio de la interpretación, señalando que su titular por vía de autoridad es el Congreso de la República dado que su labor constitucionalmente tiene “carácter obligatorio general”. Sin embargo, esa idea, sucumbe y es situada en su verdadero contexto, por medio de la Sentencia C-037 de 1996, cuando la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de las expresiones “sólo” y “*el Congreso de la República*” previstas en el art. 48 de la Ley Estatutaria en mención. Razona en la sentencia que es el Tribunal Constitucional el encargado de la supremacía y de la integridad de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental.

Tocante con el artículo 48 de la misma ley objeto de revisión sentenció que las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela ostentan carácter obligatorio para las partes, únicamente; y la motivación, es criterio auxiliar para la actividad judicial, declarando su exequibilidad condicionada, de modo que cualquier disidencia de una línea jurisprudencial inserta en la sentencia, debe justificarse razonadamente para no infringir el principio de igualdad.

Esta Ley en el Art. 45 dispuso: “*Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario (...)*”. El texto original, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-037 de 1996, declaró inexecutable los siguientes apartados:

“(..) conforme a lo previsto en este artículo.

“Excepcionalmente la Corte podrá disponer que las Sentencias tengan efecto retroactivo en los siguientes casos:

“1. Cuando de la aplicación general de la norma se pueda llegar a irrogar un daño irreparable de cualquier naturaleza que no guarde proporción con las cargas públicas que los asociados ordinariamente deben soportar y que entrañe manifiesta inequidad;

“2. Cuando se deba preservar el principio constitucional de favorabilidad o garantizar la efectividad de los derechos fundamentales; y,

“3. Cuando se esté en presencia de los actos a que se refiere el artículo 149 de la Constitución Política. (...)”⁷³⁴.

En las consideraciones de la Sentencia C-037 de 1996, cuando realizó el análisis de constitucionalidad a la citada norma, la Corte razonó:

⁷³⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270. (7, marzo, 1996). Estatutaria De La Administración De Justicia. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996.

“El artículo 241 de la Carta Política, continuando con una tradición jurídica que data desde las primeras constituciones republicanas, le confió a la Corte Constitucional el deber de ejercer el control de constitucionalidad a través de la guarda de la integridad y supremacía de la Ley Fundamental. Se trata, pues, de una función que se cumple principalmente a través del examen sobre las diversas disposiciones legales que sean demanda[da]s por los ciudadanos, o que automáticamente, según el caso, sean remitidas a esta Corporación, con el fin de verificar que ellas se ajusten a los postulados contenidos en la Carta Política.

Sin entrar a profundizar acerca de las características y las implicaciones jurídicas del control de constitucionalidad por parte de la Corte o de la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo”⁷³⁵.

También efectuó, un estudio de los efectos de sus fallos en el sistema jurídico:

“e). LOS EFECTOS DE LOS FALLOS DE LA CORTE EN ASUNTOS DE CONSTITUCIONALIDAD.

“(…)”

“El inciso primero se limita a copiar parcialmente el inciso primero del artículo 243 de la Carta, para concluir, refiriéndose a las sentencias que profiera la Corte Constitucional, que ‘son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares’. Declaración que, en rigor, no quita ni pone rey, por ser redundante. Pues el hacer tránsito a **cosa juzgada**, o el tener ‘el valor de cosa juzgada constitucional’, no es en rigor un efecto de la sentencia: no, más bien es una cualidad propia de ella, en general.

“(…)”

“Y la sentencia firme, sobra decirlo, es de obligatorio cumplimiento. Además, las que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, tienen efecto **erga omnes**, por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad”⁷³⁶.

Asimismo, la Corte determinó cuál es la autoridad competente, para señalar los efectos de sus sentencias, concluyendo que solamente es el mismo Tribunal Constitucional quien, de modo exclusivo, tiene conferida dicha facultad, de conformidad, a lo estipulado en la Carta Constitucional. En ese sentido se pronunció:

“f). ¿CUAL ES LA AUTORIDAD LLAMADA A SEÑALAR LOS EFECTOS DE LOS FALLOS DE LA CORTE?

(…)”

“Pero, fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste? Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución. Sujeción que implica tener en cuenta los fines del derecho objetivo, y de la constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica.

⁷³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Expediente: P.E.-008. (5, febrero, 1996). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa [en línea]. Bogotá, D.C.: 1996 [consultada 15 agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

⁷³⁶ *Ibíd.*

“En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad”⁷³⁷.

De esta manera, solo la Corte y el Poder Constituyente pueden detentar dichas facultades, y ninguna autoridad externa, podría definir y señalar los efectos de sus sentencias, iterando su monopolio sobre la función. Aunado a lo anterior, no se explicita otra finalidad, que es la de evitar que exista una invasión de las otras esferas del poder público a la rama del poder judicial, garantizando así, simultáneamente, la integralidad de la Constitución y el principio de separación de poderes. En lo tocante a este punto expuso:

“En consecuencia, incurrió en falta el Presidente de la República al dictar la norma demandada, pues ejerció funciones atribuidas por la Constitución a la Corte Constitucional. Violó, concretamente, el artículo 121, según el cual ‘ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley’. Y violó, además, el inciso tercero del artículo 113, que consagra el principio de que los ‘diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas’⁷³⁸.

Analizando la problemática planteada y tras demostrar el carácter invasivo del legislador estatutario al fijar reglas delimitativas a sus fallos, declaró inexecutable los apartes, atrás subrayados al transcribir el art. 45 de la ley 270 de 1996, así como el último inciso, del mismo texto normativo.

La interpretación realizada por el máximo Tribunal fluye del inciso primero del artículo 241 de la Constitución, concordante con el principio de la prevalencia de la Constitución, como norma de normas; criterio fundante del Estado; y determinante de validez de las reglas de inferior jerarquía. De consiguiente, el guardián de la Carta no podía ser restringido por normas de inferior jerarquía a las comprendidas en el texto constitucional, en lo particular la Corte, expresó:

“Además, inaceptable sería privar a la Corte Constitucional de la facultad de señalar en sus fallos el efecto de éstos, ciñéndose, hay que insistir, estrictamente a la Constitución. E inconstitucional hacerlo por mandato de un decreto, norma de inferior jerarquía. Pues la facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la ‘integridad y supremacía de la Constitución’, porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar

⁷³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Expediente: P.E.-008. (5, febrero, 1996). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa [en línea]. Bogotá, D.C.: 1996 [consultada 15 agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

⁷³⁸ *Ibíd.*

sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”⁷³⁹.

Complementando, a la función de protectora de la Constitución, todas las autoridades deben garantizar los derechos insertos en ella, y, con más ahínco para la Corte, de modo que: *“No hay que olvidar que, según el artículo 5 de la Constitución, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, reconocimiento obligatorio para la Corte Constitucional, como para todas las autoridades, pero con mayor fuerza. Por ello, recortar, mediante una norma de inferior jerarquía, la facultad que la Corte tiene de fijar el contenido de sus sentencias, podría impedirle defender los derechos de los súbditos frente a las autoridades”*⁷⁴⁰.

Recapitulando los precedidos argumentos, resultan concluyentes, a partir de ellos, colegir -y reiterar- que sólo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias. Esta prerrogativa se ajusta a la prevalencia de la Constitución y el principio de separación de poderes públicos (Art. 113 y s.s.). Y con mayor razón, ante el silencio que guardó la Carta Política, tocante con los alcances de las providencias dictadas por los altos tribunales del Estado.

En ese sentido, la labor trascendental que cumple la Corporación Constitucional, en cuanto a su función de salvaguardar la supremacía y la integridad de la Carta, emana de los efectos de “cosa juzgada constitucional” y *erga-omnes*, pronunciamientos comprendidos en los artículos 243 C.P. y 21 del Decreto 2067 de 1991. En consecuencia, de acuerdo con esos preceptos normativos y conforme a una interpretación sistemática y teleológica de la Carta, el legislador no puede delimitar ni establecer reglas en torno a los fallos de la Corte, cuando en desarrollo de su labor suprema ejerce el control de constitucionalidad.

Ahora bien, uno de los puntos nodales en materia de discusión, es el referente a los efectos de las sentencias en el tiempo, de tal manera, que los efectos retroactivos son una excepción. En lo pertinente, la Corte señaló: *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”*⁷⁴¹.

En el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la administración de justicia, estableció:

*“Art. 48. Alcance de las sentencias proferidas en el ejercicio del control constitucional.
(...)”*

⁷³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Expediente: P.E.-008. (5, febrero, 1996). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa [en línea]. Bogotá, D.C.: 1996. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

⁷⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Expediente: P.E.-008. (5, febrero, 1996). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa [en línea]. Bogotá, D.C.: 1996. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

⁷⁴¹ *Ibidem*.

“1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general solo La interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República, tiene carácter obligatorio general.

“2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”⁷⁴².

Para entender las reglas anteriores, es necesario tener en cuenta, en primer lugar la doctrina vertida en la Sentencia C-037 de 1996, en donde, en función del control automático u oficioso de constitucionalidad, la Corte Constitucional, expuso que sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República, tiene carácter obligatorio general, en relación con la ley, pero la dimanante de las reglas 241-243 de la Carta, por virtud del ejercicio del control constitucional, la ejerce la propia Corte Constitucional, por derecho propio que le otorga la Carta.

Para lo pertinente acude a las decisiones de Sala Plena: C-113 del 25 de marzo de 1993. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía; C-131/93 y C-226/94, donde expuso:

“(…) sólo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias. La prevalencia del principio de separación funcional de las ramas del poder público (Art. 113 y s.s.), el silencio que guardó la Carta Política para señalar los alcances de las providencias dictadas por los altos tribunales del Estado, la labor trascendental que cumple esta Corporación en el sentido de guardar la supremacía y la integridad de la Carta, y los efectos de “cosa juzgada constitucional” y erga-omnes que tienen sus pronunciamientos (Arts. 243 C.P. y 21 del Decreto 2067 de 1991), son suficientes para inferir que el legislador estatutario no podía delimitar ni establecer reglas en torno a las sentencias que en desarrollo de su labor suprema de control de constitucionalidad ejerce esta Corte”⁷⁴³.

Y en consecuencia procede a declarar únicamente la exequibilidad de la expresión “*Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario*”⁷⁴⁴, contenida en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

Con relación al art. 48 que regula los alcances de las sentencias de constitucionalidad es necesario señalar que en la citada Sentencia C-037 de 1996

⁷⁴² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270. (7, marzo, 1996). Estatutaria De La Administración De Justicia. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996.

⁷⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Expediente: P.E.-008. (5, febrero, 1996). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa [en línea]. Bogotá, D.C.: 1996 [consultada 15 agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

⁷⁴⁴ *Ibidem*.

la Corte Constitucional, con el sello de cosa juzgada razonó: “(...) resulta abiertamente inconstitucional el pretender, como lo hace la norma que se estudia, que sólo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad. Ello es válido, y así lo define el artículo 150-1 de la Carta, únicamente en lo que se relaciona con la ley, pero no en lo que atañe al texto constitucional”⁷⁴⁵.

Por ello procede a declarar la inexecutable de las “(...) expresiones “**sólo**” y “**el Congreso de la República**”, bajo el entendido de que, como se ha expuesto, Que la interpretación vía de autoridad hace la Corte Constitucional tiene carácter obligatorio general”⁷⁴⁶.

Para ser más puntual en la cuestión, es importante, indicar que la Corte, al analizar la exequibilidad del art. 45 de la Ley Estatutaria, en procura de rescatar su poder interpretativo, se apoyó en las sentencias de Sala Plena, Sentencia No. C-113 del 25 de marzo de 1993. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

Y en lo demás del texto 48 se remitió a las decisiones de la propia Corte Constitucional. Sentencias C-024/94 y C-195/94, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

6.13 LEY 1285 DE 2009⁷⁴⁷. REFORMA A LA LEY 270 DE 1996 DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Luego de más de 10 años de vigencia de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, el legislador debió ajustar varios aspectos. Entre las iniciativas relevantes para la construcción de la unificación jurisprudencial, el art. 7 de la Ley 1285 modificó el art. 16 del texto original de la Ley 270 de 1996, en la siguiente forma:

“Artículo 16. Salas. La Corte Suprema de Justicia cumplirá sus funciones por medio de cinco salas, integradas así: (...).

“Las Salas de Casación Civil y Agraria Laboral y Penal, actuarán según su especialidad como Tribunal de Casación, pudiendo seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos. También conocerán de los conflictos de competencia que, en el ámbito de sus especialidades, se susciten entre las Salas de un mismo tribunal, o entre Tribunales, o entre estos y juzgados de otro distrito, o entre juzgados de diferentes distritos”⁷⁴⁸.

⁷⁴⁵ Ibídem.

⁷⁴⁶ Ibídem.

⁷⁴⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1285 (22, enero, 2009) Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2009. no 47.2

⁷⁴⁸ Ibídem.

El texto señala la forma de componer las diferentes Salas de la Corte Suprema de Justicia, pero lo trascendente se halla en el segundo inciso cuando expresa que las Salas de decisión podrán “(...) *seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos*”.

En el ejercicio de control automático de constitucionalidad la Corte Constitucional mediante Sentencia C-713 de 2008 declaró exequible el aludido inciso segundo, pero bajo el entendido de que la decisión de selección positiva o negativa de una demanda de casación debe ser motivada y frente a la misma podrá interponerse acción de tutela, o respecto a la que resuelva definitivamente el recurso.

Se agrega un nuevo segmento al artículo 36 de la Ley Estatutaria, dándole el número 36A en relación con la justicia Contenciosa Administrativa, autorizando la revisión eventual en acciones populares y de grupo con el fin de unificar la jurisprudencia. Idéntico mecanismo previó el parágrafo 1 del mismo artículo para las otras acciones contencioso administrativas cuya competencia es del Consejo de Estado. Precisamente señaló el texto:

“Artículo 36A. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia”
(...)

En esos casos la ley regulará todos los aspectos relacionados con la procedencia y trámite de la revisión eventual (...); la insistencia que pueda presentarse respecto de la negativa de la selección;(…); la posibilidad de que la revisión eventual pueda concurrir con otros recursos ordinarios o extraordinarios. (...).”

La Sentencia C-713 revisó la exequibilidad del precepto, y en correspondencia el citado inciso primero señaló que, en ningún momento contra la decisión final objeto de revisión se impide interponer la acción de tutela.

Y en relación con el parágrafo primero dijo la sentencia que la competencia allí inserta se relaciona con la eventual revisión contra sentencias o providencias que pongan fin a procesos en los tribunales administrativos, para unificar la jurisprudencia.

El artículo 16 de la reforma a la Ley Estatutaria adicionó al art. 63, con el 63 A, del cual para efectos del análisis de la evolución resultan importantes los cuatro primeros incisos, relacionados con el orden y prelación de turnos, la necesidad de fijar pautas jurisprudenciales para casos ulteriores como criterios útiles, así como la posibilidad de resolver anticipadamente litigios en los cuales ya existan antecedentes jurisprudenciales. El resto del artículo referente a algunos párrafos

se relacionan con asuntos administrativos necesarios para la implementación del propósito del apartado:

“Artículo 63A. Del orden y prelación de turnos. Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación (...).”

El nuevo texto permite variar el orden y prelación de turnos para fallar asuntos especiales, en forma relevante y anticipada tocantes con litigios sin antecedentes jurisprudenciales y necesarios para el interés público o que sean de repercusión colectiva.

Del mismo modo, se faculta a todos los tribunales de cierre, para variar el orden temporal de los procesos, en relación, con los recursos cuyo objeto es, simplemente, apliquen un precedente o una doctrina jurisprudencial preexistente, en pro de un mecanismo para darle mayor agilidad al sistema judicial:

“Igualmente, las Salas o Secciones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura podrán determinar motivadamente los asuntos que, por carecer de antecedentes jurisprudenciales, su solución sea de interés público o pueda tener repercusión colectiva, para que los respectivos procesos sean tramitados de manera preferente”.

“Los recursos interpuestos ante la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, cuya resolución íntegra entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia, podrán ser decididos anticipadamente sin sujeción al orden cronológico de turnos”⁷⁴⁹.

6.14 RETORNO A LA DOCTRINA PROBABLE EN LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS Y JURISDICCIONALES

6.14.1 Art. 24 de la Ley 1340 de 2009⁷⁵⁰ relativa a normas de protección de la competencia

En la búsqueda de materialización de políticas públicas en el Estado colombiano para hacer más eficiente el ejercicio del poder, una de las disposiciones más originales es el art. 24 por cuanto el legislador aboga por la aplicación de la doctrina

⁷⁴⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1285 (22, enero, 2009) Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2009. no 47.240.

⁷⁵⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1340. (24. Julio, 2009). Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Bogotá, D.C. Diario Oficial No. 47.420.

probable en todas las áreas, incluyendo los temas de competencia. En efecto, señala el texto en cuestión:

“Doctrina Probable y Legítima Confianza. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto constituyen doctrina probable” (subrayado fuera del texto).

El artículo representa un avance para posicionar la doctrina probable no solamente en el ámbito de la decisión judicial sino también en el sector de la administración pública. Se impone la obligación de observar el precedente o la doctrina probable según se quiera, más allá de la decisión judicial. En el control por vía de acción constitucional, mediante Sentencia C-537 de 2010⁷⁵¹ del 30 de junio de 2010, se clarificó que su subsunción debía realizarse “(...) *en el entendido que éste sólo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal*”⁷⁵².

La providencia destaca que en la función de vigilancia, control y protección de la libre competencia, prohibición de las prácticas restrictivas e integraciones empresariales lesivas a la libre competencia, así como las referidas a las normas sobre publicidad que la afecten significativamente es de naturaleza administrativa, pero los efectos de la doctrina no pueden hacerse extensivos a los actos jurisdiccionales de la misma entidad, imponiendo, inclusive a la SIC⁷⁵³, el deber de informar cuándo la actuación es de naturaleza administrativa o cuándo es jurisdiccional.

En síntesis, a juicio de la Corte, no existe prohibición constitucional para que: *“a través de la ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo, la cual se establece en desarrollo de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar ésta en situaciones específicas, evento en el cual se debe motivar el acto con razones suficientes por parte de la entidad supervisora”*⁷⁵⁴.

La visión conceptual de la competencia siguió la misma línea de las sentencias C-624 de 1998, C-815 de 2001 y C-228 de 2010. Sin embargo, lo trascendente, es cómo, luego de años, legislativamente se fortalece la doctrina probable para procurar, dar seguridad jurídica y confianza, aún en el sector administrativo.

⁷⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-537. Expediente D-7942. (30, junio, 2010). M.P. Juan Carlos Henao Pérez [en línea]. Bogotá, D.C.: 2010 [consultada el 5 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-537-10.htm>

⁷⁵² *Ibíd.*

⁷⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio.

⁷⁵⁴ *Ibíd.*

6.14.2 Unificación jurisprudencial por medio de doctrina probable. Ley 1395 de 2010

En el proceso de avance hacia la consolidación de la unificación jurisprudencial se destaca el importante papel jugado por la Ley 1395 de 2010. En ella, se buscan mecanismos eficaces para descongestionar judicialmente las diferentes jurisdicciones y los respectivos despachos judiciales como una forma de protección de los derechos fundamentales, el acceso a la justicia y el plazo razonable en la solución de casos para la ciudadanía.

En forma conjunta, varios artículos de esta ley, directa o indirecta apuestan por la observancia de la doctrina probable en pos de unificar la jurisprudencia al interior de los jueces colegiados y con efectos didácticos e imperativos sobre los jueces de menor jerarquía.

Se dispone, por ejemplo, que al interior de las Salas por iniciativa del magistrado sustanciador se convoque a los integrantes de las mismas para tratar asuntos que demanden unificar criterios jurisprudenciales con el fin de evitar la dispersión, el desorden doctrinal, y otra serie de vicios que atentan contra el principio de igualdad. Por otra parte, se continúa con los propósitos de que las entidades públicas, en determinados casos, tengan en cuenta los antecedentes jurisprudenciales de la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, proferidos en cinco o más casos análogos. Además, permite que jueces, tribunales y cortes no tengan en cuenta los turnos para fallo cuando existan precedentes jurisprudenciales, por cuanto la aplicación del antecedente permitiría resolver más rápidamente la cuestión.

6.14.3 Medidas de descongestión judicial

Precisamente el art. 4 de la Ley 1395 de 2010 al modificar el art. 29 del Código de Procedimiento Civil, trajo dos medidas de incuestionable importancia: 1. Dar celeridad a las actuaciones ante los tribunales para evitar distraer el trabajo de los magistrados en las corporaciones en temas accidentales o accesorios para fijar como regla general que todo auto corresponde emitirlo al ponente o sustanciador, salvo, las excepciones mínimas que el mismo precepto dispone. 2. Convocar en los jueces colegiados a sus integrantes para discutir la forma de unificar criterios jurisprudenciales para darle celeridad a los juicios. En ese sentido, señala el precepto analizado:

“Artículo 29. Atribuciones de las salas de decisión y del Magistrado ponente. Corresponde a las salas de decisión dictar las sentencias y los autos que resuelvan sobre la apelación contra el que rechace o resuelva el incidente de liquidación de perjuicios de condena impuesta en abstracto. El Magistrado sustanciador dictará los demás autos que no correspondan a la sala de decisión.

“Los autos que resuelvan apelaciones, dictados por la sala o el Magistrado sustanciador, no admiten recurso”.

“A solicitud del Magistrado sustanciador, la sala plena especializada podrá decidir los recursos de apelación interpuestos contra autos o sentencias, cuando se trate

de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial”⁷⁵⁵.

Por supuesto que el advenimiento del Código General del Proceso, implicó su derogatoria por virtud de lo señalado en el artículo 626, literal C, de la Ley 1564 de 2012. La importancia de la medida se reflejó al proyectar y aprobar el nuevo Código General pues conservó todos sus propósitos, inclusive su propio texto al regular las funciones de las Salas de los Tribunales, pues lo plasmó en su art. 35. De alguna manera se pretende iterar la función casacional nomofiláctica en todos los Distritos y en todas las jurisdicciones, siguiendo una positiva filosofía que se hallaba ya en el artículo 7 del Decreto 1819 de 1964.

La disposición buscó la unificación, recogiendo ideas que aparecen en la Sentencia C-252 de 2001 sobre unificación de jurisprudencia y las respuestas inmediatas o prontas fincadas en el principio de igualdad, justificando el motivo de aplicación de la doctrina jurisprudencial.

6.14.4 Doctrina probable con decisiones similares en cinco o más casos análogos en la solución de situaciones administrativas. Vigencia temporal de doctrina probable administrativa con cinco antecedentes

La Ley 1395 de 2010, también incluyó un novedoso artículo para las actuaciones administrativas. Lo singular en él, estriba en la exigencia de una doctrina asentada en cinco antecedentes, terciando con apoyo del precedente en pro de la pronta resolución de trámites administrativos, que eventualmente y con frecuencia, desembocan en litigios extensos, dilatados y penosos, que ocupan a muchos jueces menoscabando la demanda de justicia esperada por parte de la ciudadanía. Esta Ley en el art. 114, señaló:

“Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”⁷⁵⁶.

Sin embargo, el artículo tuvo una vigencia temporal, marcada por dos vicisitudes: La primera, fue declarado exequible condicionadamente, por la Corte Constitucional

⁷⁵⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1395. (12, julio, 2010). Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Bogotá D.C.: Diario Oficial no. 47.768 de 12 de julio de 2010.

⁷⁵⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1395. (12, julio, 2010). Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Bogotá D.C.: Diario Oficial no. 47.768 de 12 de julio de 2010.

mediante Sentencia C-539 de 6 de julio de 2011⁷⁵⁷, siempre y cuando, la doctrina contenida en las decisiones referentes respetase la interpretación vinculante de la Corte Constitucional. No obstante, allí no se juzgó la expresión “en cinco o más casos”, aspecto que habría sido vital para contrastarlo con la doctrina probable prevista en el art. 4 de la Ley 169 de 1896, para establecer, cuál podría ser la trascendencia del aspecto cuantitativo en decisiones reiterativas para hacer una doctrina. La segunda vicisitud tiene que ver con su derogatoria por el CPACA en el año 2012, por medio del art. 309 de la Ley 1437 de 2011⁷⁵⁸, desde el 2 de julio del 2012.

Empero, la Sentencia C-539 de 6 de julio de 2011, fijó una serie de pautas para construir un precedente, advirtiendo, entre otras subreglas, 1. La obligación de las autoridades administrativa de someterse al imperio de la Constitución, cuyo obediencia implica “(...) *el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes*”⁷⁵⁹; incluyendo “(...) *la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales*”⁷⁶⁰; debiéndolas interpretar y aplicar en los casos concretos, “(...) *análogos o similares*”⁷⁶¹; posteriormente explica, cuál es el fundamento del respeto al precedente judicial, por parte de las autoridades administrativas:

“(...) (a) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 123 Superiores-; (b) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (d) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art 6 y 90 C.P.); y (e) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.”⁷⁶².

Posteriormente, la sentencia diferencia entre la obligación que tienen tanto jueces como autoridades administrativas en la observancia de la interpretación constitucional o de los precedentes, explicando “(...) *si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas*

⁷⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539. Expediente D-8351. (6, julio, 2011). M.P. Luís Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 27 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm>

⁷⁵⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá: Diario Oficial, No. 47.956.

⁷⁵⁹ Op, cit.

⁷⁶⁰ Op. cit.

⁷⁶¹ Op. cit.

⁷⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539. Expediente D-8351. (6, julio, 2011). M.P. Luís Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm>

*autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces*⁷⁶³.

Del mismo modo, en asuntos donde hayan criterios jurisprudenciales disímiles, “(...) las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas Cortes”⁷⁶⁴; en el mismo sentido deben ante diversidad de pautas jurisprudenciales “(...) evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que, de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso concreto”⁷⁶⁵. Lo anterior, por cuanto los fallos de la Corte Constitucional en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad tienen fuerza vinculante en la parte resolutive *inter partes* o *erga omnes*, según el caso, mientras “(...) las consideraciones de la ratio decidendi tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas”⁷⁶⁶.

Y de la misma forma, la Corte Constitucional advierte a las autoridades administrativas:

“(xi) [E]l desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales”⁷⁶⁷.

Con la autoridad que le otorga la propia Carta a la Corte, en la sentencia, tras analizar la disciplina de la doctrina probable para las autoridades administrativas, en forma imperativa ratifica:

“(...) [L]a obligación de todas las entidades públicas y autoridades administrativas de aplicar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes, tanto en la jurisdicción ordinaria por la Corte Suprema de Justicia, como en la jurisdicción contenciosa administrativa por el Consejo de Estado, y en la jurisdicción constitucional por la Corte Constitucional, a partir de las normas constitucionales y reglas jurisprudenciales que fueron analizadas en detalle en la parte considerativa de esta sentencia y que se sistematizan en este apartado”⁷⁶⁸.

⁷⁶³ *Ibíd.*

⁷⁶⁴ *Ibíd.*

⁷⁶⁵ *Ibíd.*

⁷⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539. Expediente D-8351. (6, julio, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm>

⁷⁶⁷ *Ibíd.*

⁷⁶⁸ *Ibíd.*

Esta preceptiva abogó por un reforzamiento del precedente en las diferentes jurisdicciones, y debiendo, por consiguiente, existir una razón de peso real, seria, fundada para una separación, no pudiendo ser arbitrario el disenso. Y un aspecto descollante tiene que ver con que la Ley 1395 de 2010 de descongestión apuntó sobre temas importantes que ocupan más del 50 por ciento del tiempo a los jueces del país y sobre los cuales debía observarse una política pública para: “(...) *reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos*”.

6.14.5 Fallo alterando turnos ante la existencia de precedentes

La Ley 1395 del mismo modo insistió en un punto que ya venía impulsando el legislador patrio, consistente en el relativo a la posibilidad de alterar turno ante la existencia de precedentes.

“Artículo 115. Facúltese a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998”⁷⁶⁹.

A pesar del autoposicionamiento de la Corte Constitucional para monopolizar la tarea de la construcción doctrinaria del precedente, tras la exigencia de la observación de la cosa juzgada constitucional en relación con acciones de constitucionalidad y sentencias de unificación de tutela, por tratarse de órgano de cierre constitucional; de todas maneras, el Tribunal Constitucional defiende que la doctrina jurisprudencial en materia ordinaria y contencioso-administrativa es un mecanismo legítimo para materializar el Estado de Derecho, pero también para solucionar prontamente las controversias y para descongestionar la justicia, buscando ampliar los efectos prácticos y la capacidad unificadora de las Cortes con relación a todos los temas objeto de sus propias competencias.

6.15 LEY 1437 DE 2011 O NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Este nuevo código con vigencia desde el 2 de julio del 2012, incorpora un conjunto de instrumentos para la defensa del precedente y la unificación jurisprudencial. Inicialmente el Consejo de Estado a través de una comisión legitimada por el Decreto 4820 de 2007, consciente de la necesidad de unificar la jurisprudencia, buscó herramientas para hacer más ágil el sistema de justicia administrativa en el

⁷⁶⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1395 (12, julio, 2010). Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Bogotá D.C.: Diario Oficial no. 47.768 de 12 de julio de 2010.

Estado Constitucional. Ideó, por ejemplo, un recurso con esa finalidad emparentado con la casación.

Con ese propósito se introdujo el *“recurso extraordinario de unificación jurisprudencial”*, para *“asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida”*⁷⁷⁰.

También plasmó la figura de la *“extensión de la jurisprudencia”* del Consejo de Estado, en desarrollo de un nuevo mandato que obliga a las autoridades a tener en cuenta las sentencias de unificación de ese alto tribunal, al adoptar sus decisiones.

En este contexto, además de las decisiones de la Corte Constitucional con efectos *erga omnes*, las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado, se tornan obligatorias automática e inmediatamente, para las autoridades administrativas.

La primera de las normas centrales en esa línea de pensamiento es el artículo 10 del CPACA, Ley 1437 del 2011:

“Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”⁷⁷¹.

Esta disposición fue declarada condicionalmente exequible mediante Sentencia C-634-11 de 24 de agosto de 2011, *“(...) en el entendido de que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”*⁷⁷².

La sentencia explica las razones por las cuales se debe aplicar el precedente:

1. El lenguaje natural puede ser con frecuencia ambiguo, disímil, vago, polisémico, dificultando la precisión en cada caso, su eficiencia, razonabilidad o diligencia, de

⁷⁷⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 47956 de 18 de enero de 2011.

⁷⁷¹ La Corte Constitucional se declaró inhibida de fallar sobre este artículo (parcial) por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-818 de 1° de noviembre de 2011, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634. Expediente D-8413. (24, agosto, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>

modo que únicamente pueden solucionarse “(...) mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción”⁷⁷³. Ello, se explica porque el derecho no es una “aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional”⁷⁷⁴, motivo por el cual, quienes denominan a los jueces operadores judiciales incurrir en graves desaciertos.

Los jueces, entonces, no son autómatas de ley, sino que ejercen una actividad creadora y democrática, porque es una quimera hoy, que los legisladores configuren preceptos para todos los casos posibles. De modo que es inevitable y necesario que los jueces definan en concreto el derecho por medio del método inductivo desde la regla general a los hechos objeto de juzgamiento.

El juez no aplica una sola regla sino varias en cada controversia, porque:

“(i) pueden concurrir diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión; y (ii) con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial. Por ende, debe adelantar un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes; (iii) no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios”⁷⁷⁵.

Estos últimos son mandatos de optimización al no dar respuestas posibles ni particulares para un caso, como la norma que fija un enunciado o una conducta y la consecuencia o sanción, es sólo al juez, en el caso particular, a quien corresponde armonizarlo. Adicionalmente:

“(iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurren diversas reglas que confieren alternativas diversas y/o encontradas de decisión, no exista una regla particular y concreta para solucionar el asunto o se esté ante la colisión entre principios o entre reglas y principios. Estos debates son, precisamente, el campo de trabajo del juez, quien resuelve esa problemática como paso previo a la adopción de una regla particular de derecho o *ratio decidendi*, que permita llegar a una decisión judicial que resuelva el problema jurídico planteado”⁷⁷⁶.

⁷⁷³ *Ibíd.*

⁷⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634. Expediente D-8413. (24, agosto, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>.

⁷⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634. Expediente D-8413. (24, agosto, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>

Y afrontando la obligación que tienen las autoridades administrativas de aplicar el precedente, a diferencia de los jueces que pueden separarse, cuando indican las razones del porqué del disenso o de la separación por virtud de su autonomía e independencia, explicita: *“No sucede lo mismo cuando se trata de autoridades administrativas. En este caso, habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo (...)”*⁷⁷⁷.

De tal forma que las autoridades administrativas deben aplicar las normas constitucionales, las subreglas derivadas de la jurisprudencia de las Altas Cortes, sometidas a la Constitución y al sistema de jerarquía de fuentes jurídicas, *“(...) el cual privilegia la vigencia de las normas constitucionales”*⁷⁷⁸.

6.16 RESPETO AL PRECEDENTE: 1. LA PETICIÓN DE EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA, 2. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL, Y 3. LA REVISIÓN EVENTUAL EN ACCIONES DE POPULARES Y DE GRUPO

En el Código Contencioso Administrativo vigente, hay una cantidad de disposiciones que compendian la obligación de observar el precedente, la doctrina probable y la jurisprudencia como mecanismos para incentivar los principios democráticos, entre las más destacadas, hallamos:

6.16.1 La petición de extensión de la jurisprudencia

El artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 es otro de los textos que marca la senda de posicionar la doctrina probable, permitiendo y autorizando su extensión a las autoridades administrativas. De acuerdo a ese precepto no se trata de cualquier jurisprudencia, sino exclusivamente la contenida en las sentencias de unificación del Consejo de Estado para ser adjudicada a terceros en relación con quienes demuestren y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Más que institucionalización de la cosa juzgada implícita, el propósito del legislador de lo contencioso administrativo es buscar que en la práctica, cuando haya concurrencia de los requisitos para hacer eficaz un precedente, éste gobierne la situación de facto para proteger los derechos fundamentales de los asociados. Si existe coincidencia entre los supuestos fácticos y jurídicos que presentan las reglas jurisprudenciales las sentencias ejecutoriadas, dictadas, en recursos extraordinarios de unificación, en relación con la cuestión que se tramita ante una autoridad administrativa, deben adjudicarse derechos con fundamento en la doctrina probable, una vez, escrutada y contrastada la hipótesis materia de comparación. Precisamente, señala el art. 102:

⁷⁷⁷ Ibíd.

⁷⁷⁸ Ibíd.

“Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

“(…)”

“Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado.

“(…)”

“La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda (...)”⁷⁷⁹.

El art. 102 fue objeto de control constitucional y ello dio lugar, primero a la sentencia C-816 de 2011, por medio de la cual se declararon exequibles los incisos 1° y 7° por la Corte Constitucional pero bajo el entendido de que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, no pueden desentenderse, sino que deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables cuando se resuelven los asuntos de su competencia.

En segundo término, ese control, generó la Sentencia C-588 de 2012, cuya expresión “sentencia de unificación” y el numeral 3° del inciso 5° fueron declarados exequibles en el mismo sentido.

6.16.2 La extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado

La regla del artículo 269 del nuevo Código Contencioso Administrativo, implementó el procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros, y para lo pertinente, señaló que cuando se niegue la extensión de los efectos de la sentencia de unificación en forma explícita o implícita, el interesado puede acudir ante el Consejo de Estado allegando “(...) *copia de la actuación surtida ante la autoridad competente*”.

De consiguiente, el art. 102 de la Ley 1437 de 2011 regula lo tocante con la solicitud de extensión de jurisprudencia, de unificación jurisprudencial ante las autoridades administrativas, el 269 ante el Consejo de Estado cuando se niega o se guarda silencio ante la solicitud del 102 ejúsdem.

El texto igualmente regula el procedimiento a seguir, pero en todo caso, permitiendo que, en observancia del debido proceso, la administración se oponga, de tal modo que si la “(...) *solicitud se estima procedente, el Consejo de Estado ordenará la*

⁷⁷⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 47956 de 18 de enero de 2011.

*extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar*⁷⁸⁰.

6.16.3 El recurso de unificación jurisprudencial y la revisión eventual de acciones populares y de grupos. Otros importantes instrumentos de incorporación de la doctrina probable y del precedente

Al mismo tiempo que se insertan los elementos anteriores, el nuevo ordenamiento consigna dos instrumentos idóneos para la unificación jurisprudencial, el primero tiene que ver con el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial y, el segundo, relativo a la revisión eventual, prevista en el art. 36 A de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, en procura, también de la unificación.

6.16.3.1 El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial

El recurso extraordinario previsto en el art. 256 y ss. del mismo Código, dispone que se interpondrá a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la providencia, por la única causal prevista en el art. 258, consistente en ser la sentencia impugnada, contraria u opuesta: *“(...) a una sentencia de unificación del Consejo de Estado”*.

Al concluir el trámite se dicta la sentencia de unificación jurisprudencial, decisión a la cual se llega también cuando se decide la revisión eventual de acciones populares y de grupo. Por ello dice el art. 271 del CPACA, que son sentencias de unificación jurisprudencial las *“(...) las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”*. Sus principales textos son los siguientes:

“Art. 256. Fines. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales”.

Asimismo, es necesario cumplir los parámetros que señala el CPACA. en el art. 257: *“Procedencia. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos. Tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, el recurso procederá siempre que la cuantía de la condena o, en su defecto, de las pretensiones de la demanda”*, sea igual o exceda de ciertos montos, previstos en

⁷⁸⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 47956 de 18 de enero de 2011.

esta disposición en términos de salarios mínimos en consideración a tipos de acciones.

El art. 258, señala la única causal para su ejercicio, expresando: *“Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado”*, de modo que solamente cuando se profiere una sentencia opuesta a una decisión de unificación, legitima la interposición del recurso. Y el art. 259 otorga la competencia funcional para la decisión, *“(…) en atención a su especialidad, a la respectiva sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo (…)”* del Consejo de Estado.

En el art. 260 se señalan los sujetos procesales legitimados para interponer el recurso, exponiendo que *“(…) cualquiera de las partes o de los terceros procesales que hayan resultado agraviados por la providencia, quienes deberán actuar por medio de apoderado a quien se haya otorgado poder suficiente; sin embargo, no se requiere otorgamiento de nuevo poder”*, y tal cual acontece en el recurso de casación no podrá formularlo el no apelante ni el adherente a ella, cuando la decisión de segundo grado fuere exclusivamente confirmatoria.

El recurso debe interponerse ante el Tribunal Administrativo que expidió la providencia, *“(…) a más tardar dentro los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta” (art. 261)*, y en el auto donde se conceda el recurso se *“ordenará dar traslado por veinte (20) días al recurrente o recurrentes para que lo sustenten. Vencido este término, si el recurso se sustentó, dentro de los cinco (5) días siguientes remitirá el expediente a la respectiva sección del Consejo de Estado. Si no se sustenta dentro del término de traslado el recurso se declarará desierto”*⁷⁸¹.

El efecto del otorgamiento del recurso es devolutivo, por cuanto su concesión según el mismo art. 261 *“(…) no impide la ejecución de la sentencia, salvo cuando haya sido recurrida totalmente por ambas partes y por los terceros reconocidos en el proceso, pero aun en este caso si el recurso no comprende todas las decisiones, se cumplirá lo no recurrido”*⁷⁸².

Al establecer los requisitos que debe contener el recurso, agrega:

*“(…) [C]uando sea necesario tener en cuenta el valor del interés para recurrir y este no aparezca determinado, antes de resolver sobre la concesión del recurso, el ponente, en el Tribunal Administrativo, dispondrá que aquel se justiprecie por un perito, dentro del término que le señale y a costa del recurrente. Si por culpa de este, no se practica el dictamen, se declarará desierto el recurso. El dictamen no es objetable. Denegado el recurso por el Tribunal Administrativo o declarado desierto, el interesado podrá recurrir en queja ante el Consejo de Estado”*⁷⁸³.

⁷⁸¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 47956 de 18 de enero de 2011.

⁷⁸² *Ibíd.*

⁷⁸³ *Ibíd.*

Puede pedirse la suspensión de la sentencia, prestando caución cuya naturaleza y monto será fijada por el ponente en el Tribunal y calificada por el Tribunal. Luego de remitido el expediente, admite o inadmite el recurso el Consejo de Estado en la sección que corresponda. El auto que admite corre traslado a la parte opositora y al Ministerio Público, por quince días, vencidos los términos podrá citarse a audiencia, y una vez, celebrada o fallida, dará lugar a la elaboración del proyecto para dictar sentencia, con las determinaciones del caso. El recurso puede ser desistido antes de dictar sentencia y no sustituye el recurso de apelación.

Pero, al margen de su reglamentación, apuesta por la estabilidad jurídica, la garantía de los derechos de terceros y el resarcimiento para los sujetos procesales. No procede contra decisiones de acciones de tutela, de grupo, populares y de cumplimiento por el linaje constitucional de éstas; salvo, la autorización para la decisión de revisión eventual de acciones populares y de grupo, tal cual se infiere del art. 270 de la Ley 1437 de 2011.

6.16.3.2 El mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo

En el art. 36 A de la Ley 270 de 1996, modificada por la 1285 de 2009, se introdujo la revisión eventual en acciones populares y de grupo para unificar la jurisprudencia. Al desarrollar el CPACA la procedencia de ese mecanismo, lo concretiza en el art. 273 de la codificación legal.

6.17 LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

La misma Ley 1437 de 2011⁷⁸⁴ o CPACA, identifica cuáles son las sentencias de unificación jurisprudencial en el art. 270⁷⁸⁵ explicando:

“Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

Posteriormente, el art. 271 del CPACA atribuye esta competencia al Consejo de Estado, para:

⁷⁸⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial, No. 47.956.

⁷⁸⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-588. Expediente D-8864. (25, julio, 2012). M.P. Mauricio González Cuervo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2012 [consultada el 16 de septiembre de 2019]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-588-12.htm>

“(…) [A]sumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

“En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso”.

Para utilizar el mecanismo deberán exponerse “(…) *las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, y los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia*”⁷⁸⁶.

Con relación a estos preceptos, se han proferido diferentes sentencias de constitucionalidad, algunas ya enunciadas, como la C-634-11 y la C-818-11⁷⁸⁷, las cuales hacen énfasis en la importancia del precedente y de la doctrina probable como instrumentos para unificar la jurisprudencia, pero, al mismo tiempo, puntuando la obligación de observar, tanto por las autoridades administrativas como por la jurisdicción contencioso administrativa, la doctrina constitucional inserta en las decisiones de constitucionalidad de la Corte Constitucional cuando cumple sus funciones de control constitucional emanadas de los artículos 241 y ss. de la Carta, y ante todo, las que tienen carácter obligatorio, *erga omnes*, en ejercicio del control abstracto.

Sin embargo, en el punto de la obligatoriedad, las precitadas sentencias, como es de entender, permiten que las autoridades judiciales se separen justificadamente, pero no así, las autoridades administrativas, porque carecen del grado de autonomía de que sí están investidos los jueces, con respecto al acatamiento del precedente o de la doctrina probable.

El principio de supremacía constitucional impone observar de preferencia las normas de la Constitución y las pertenecientes al bloque de constitucionalidad, respetando la jerarquía de fuentes, teniendo en cuenta, además, que no todas las disposiciones contienen el enunciado y la consecuencia jurídica, sino que constituyen principios, como mandatos de optimización para ser cumplidos en lo posible, porque no ofrecen respuestas concretas.

⁷⁸⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial, No. 47.956.

⁷⁸⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634. Expediente D-8413. (24, agosto, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>. Y la Sentencia C-818-2011 de 1° de noviembre de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Por supuesto, las autoridades judiciales pueden separarse del precedente jurisprudencial, sin embargo, deben: 1. Exponer explícitamente los motivos para separarse de la tesis jurisprudencial en vigor. 2. Demostrar que la nueva interpretación es más acertada, porque desarrolla mejor los derechos, principios y valores constitucionales.

De tal modo, que la separación no puede ser distorsionada, ni tampoco, entendida la autonomía como arbitrariedad, desconociendo la doctrina probable o el precedente horizontal o vertical, cuando son evidentes los elementos de similitud jurídica y fáctica.

6.18 EL IMPULSO DEFINITIVO CON EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. REPOSICIONAMIENTO DE LA DOCTRINA PROBABLE COMO FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

El nuevo Código General del Proceso, en el devenir de la doctrina probable, en pos de materializar los derechos fundamentales en forma contundente, introdujo en el inciso primero, del art. 7 del C. G. del P., la observancia de la jurisprudencia como fuente normativa. Y en el segundo la obligatoriedad de la doctrina probable pudiéndose separar sólo excepcionalmente a condición de una fuerte justificación.

En el artículo 35 plasmó el contenido esencial del art. 4 de la Ley 1395 de 2010 con relación a la obligación por parte de los jueces colegiados de unificar la jurisprudencia, por “(...) *solicitud del magistrado sustanciador, la sala plena especializada o única*” con el fin de decidir “(...) *recursos de apelación interpuestos contra autos o sentencias, cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial*”, en procura de incentivar en todos los niveles jurisdiccionales el precedente como instrumento de unificación y esencialmente la doctrina probable.

En esa misma línea se halla el recurso de casación regulado en el art. 336 y los consecutivos de la Ley 1564 de 2012, precisamente, el medio por excelencia para el aquilatamiento de la unificación jurisprudencial, el cual se halla regulado también en los Códigos de Procedimiento Penal, Procedimiento Laboral, en el derecho colombiano, mediante capítulos completos, y cuyo sistema fue replicado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) por medio del recurso de Unificación jurisprudencial. Todos ellos, asumen y abogan, en forma coordinada en unidad ideológica, la finalidad de proteger los derechos fundamentales, por medio de la unificación jurisprudencial.

El artículo 7 del C. G. de P.⁷⁸⁸, al consignar el principio de legalidad expresa:

“Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

⁷⁸⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

“Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”⁷⁸⁹.

El artículo 35 al atribuir a las Salas de decisión y a los magistrados sus competencias con el fin de evitar dilaciones disponen:

“Corresponde a las salas de decisión dictar las sentencias y los autos que decidan la apelación contra el que rechace el incidente de liquidación de perjuicios de condena impuesta en abstracto o el que rechace la oposición a la diligencia de entrega o resuelva sobre ella. El magistrado sustanciador dictará los demás autos que no correspondan a la sala de decisión”⁷⁹⁰.

A los autos que resuelvan apelaciones, dictados por la sala o por el magistrado sustanciador, no admiten recurso.

Empero, a renglón seguido impone la obligación de unificar la jurisprudencia: *“A solicitud del magistrado sustanciador, la sala plena especializada o única podrá decidir los recursos de apelación interpuestos contra autos o sentencias, cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial”⁷⁹¹.*

6.18.1 La doctrina probable, instituida en un deber de obligatorio acatamiento en el derecho adjetivo

En la sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015, tras analizar una demanda presentada contra el texto del artículo 7 del C.G.P., mantuvo su exequibilidad. En esta decisión, se examina la constitucionalidad del mismo, en la medida en que en su redacción se incluyó como parte del principio de legalidad, la doctrina probable, como deber del juzgador para tenerla en cuenta en el proceso de creación de las providencias. A la par reitera, que la única forma de apartarse es a través de una motivación con gran fuerza argumentativa, acompasada a los fines y derechos Constitucionales: *“Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”⁷⁹².* Esta justificación también es necesaria cuando el juzgador cambie o modifique su propio razonamiento, por supuesto siguiendo las pautas atrás señaladas para el cambio de la doctrina probable o el precedente, por ello afirma: *“De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”⁷⁹³.*

⁷⁸⁹ *Ibíd.*

⁷⁹⁰ *Ibíd.*

⁷⁹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

⁷⁹² *Ibíd.*

⁷⁹³ *Ibíd.*

En ese sentido, el juez además de estar sometido al imperio de la ley, al mismo tiempo, tiene el deber de ponderar todas las fuentes de derecho como, la doctrina, la equidad, la jurisprudencia y la costumbre.

Ahora bien, para la Corte Constitucional es ineludible reiterar, la fuerza vinculante de la doctrina probable en el ordenamiento, y en la providencia expone los argumentos de su fuerza normativa, en el siguiente sentido:

“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular”⁷⁹⁴.

La decisión insiste en los diversos pronunciamientos, que ha edificado con anterioridad, respecto de la obligatoriedad relativa del precedente y la doctrina probable. No obstante, no es lo suficientemente contundente al definir el rol de obligatoriedad de la doctrina probable.

La C-621 de 2015, define también el concepto del precedente judicial obligatorio, compila históricamente las decisiones de la Corte, desde la Sentencia C-104 de 1993, mediante la cual, la jurisprudencia es definida como un criterio auxiliar y, carente de valor normativo; pasando por providencias como las T-123 y T-260 de 1995, primeras en imponer el deber de argumentar en el apartamiento de las decisiones judiciales de las Corporaciones de cierre, pero, sin excluir aún, la noción de simple criterio auxiliar. Culmina, con la remisión a la sentencia C-539 de 2011 de la misma corporación, para justificar la obligatoriedad del precedente:

“(…) [E]l respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respecto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, “sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”; (ii) la diferencia entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el

⁷⁹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-621. Expediente D10609. (30, septiembre, 2015). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [en línea]. Bogotá, D.C.: 2015 [consultada el 16 de septiembre de 2019]. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm#_ftnref16

concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la *ratio decidendi del fallo* (...)⁷⁹⁵.

La Corte procura mostrar algunas diferencias entre la doctrina probable y el precedente. Ve a la primera como un criterio simplemente interpretativo transversal en la parte considerativa con posibilidad de afectar la parte resolutive en la decisión judicial; y al segundo, como herramienta creativa de subreglas jurídicas vinculantes, en casos con similitudes, afectando directamente la *decisum* de las providencias de juzgadores inferiores jerárquica o funcionalmente:

“La Corte determinó que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Encontró que mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión”⁷⁹⁶.

Sin embargo, el máximo Tribunal Constitucional pareciera que desconoce, el rol de la doctrina probable en el sistema jurídico colombiano, que está respaldado por una vigencia de más 130 años. La institución ha implantado y contribuido con la creación del derecho con un sin número de subreglas, en las diferentes especialidades: civil, penal, comercial, agrario, laboral, etc.; con el propósito, de complementar el ordenamiento y materializar la justicia al interior de la sociedad colombiana. Además, ha cumplido una función reconstructiva del ordenamiento para llenar vacíos y solucionar problemas. Del mismo modo, la Corte Constitucional en esa Sentencia perdió la oportunidad para mostrar las semejanzas y diferencias con el precedente incurriendo, en confusiones conceptuales frente al instituto.

6.19 LEY 1781 DE 2016, SALAS DE DESCONGESTIÓN PARA LA SALA DE CASACIÓN LABORAL

La aludida ley creó un mecanismo de descongestión judicial, para la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Esa normativa introdujo 4 salas transitorias laborales, cuyo objetivo es la celeridad de los trámites relacionado con los juicios de casación laboral, dado el gran volumen de procesos de conocimiento de la Sala de Casación natural o permanente.

La trascendencia de esta normativa transitoria estriba en el hecho de que, frente a la variación, modificación o alteración de la doctrina probable, el articulado es muy claro en especificar, que dicha prerrogativa solo le corresponde a la Sala titular y no a las transitorias. De modo que, en los casos en la que exista una mayoría en la

⁷⁹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-621. Expediente D10609. (30, septiembre, 2015). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [en línea]. Bogotá, D.C.: 2015 [consultada el 16 de septiembre de 2019]. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm#_ftnref16

⁷⁹⁶ *Ibid.*

salas transitorias, que puedan alterar la doctrina jurisprudencial imperante, el expediente deberá devolverse a la Sala Permanente, para que sea la última quien decida; de conformidad con lo expuesto en el segundo acápite del párrafo 1° del artículo 2 de la ley en referencia: *“Las salas de descongestión actuarán independientemente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero cuando la mayoría de los integrantes de aquellas consideren procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, devolverán el expediente a la Sala de Casación Laboral para que esta decida”*⁷⁹⁷.

El texto no establece diferencias, entre la doctrina probable o el precedente proferido por la Sala Laboral, refiriéndose exclusivamente a la noción polisémica de jurisprudencia. La interpretación en la acepción de jurisprudencia, incluye por ser genérica la noción a las dos categorías vinculantes de la doctrina jurisprudencial.

En consecuencia, le está vedado a las salas de descongestión, la función innovadora de unificación jurisprudencial o nomofiláctica del ordenamiento. Siendo así, coherentes con la estructura del sistema jurídico, se evita que existan un paralelismo de dos o más Corporaciones Jurisdiccionales de cierre, para que se contradigan en un mismo punto del derecho en el área laboral, creando un caos y una inseguridad jurídica, que cause un malestar para los actores procesales y la sociedad en general, sino que por el contrario, se preserva la unidad de la jurisprudencia.

Empero, en la práctica a pesar de la claridad de la norma, no obsta, para que en el desarrollo del quehacer judicial, las sentencias proferidas por las salas de descongestión puedan ante nuevos problemas, que no cuentan con antecedente jurisprudenciales ora fácticos, jurídicos, procedimentales y de interpretación, decidir, imprimiendo una solución con perspectiva novel, o existiendo, resolver, al margen de una doctrina contraria a la Carta, ajustando la decisión a los principios, valores y derechos que inspiran la Constitución. Claro, ésta hipótesis, representa un dilema frente al control de la constitucionalidad de la Sentencia y la unificación jurisprudencial, pero es intrínseca su calidad de Tribunal de cierre en la especialidad del derecho laboral, y en consecuencia, una Sala de descongestión podría separarse de una doctrina probable de la Sala Permanente, con base en la Ley 1564 de 2012, frente a la obediencia que debe al estándar de supremacía constitucional en procura de dar protección a los derechos fundamentales.

Salvo, el caso especialísimo expuesto anteriormente y de carácter excepcional; si se trata de una abierta contradicción y la Sala de descongestión no remite la actuación, se crea un caos en la composición de la jurisprudencia de la Corte Suprema como fuente formal del derecho. De consiguiente, cuando se presenta una violación al precedente o la doctrina probable, puede ser atacada la sentencia que profiera la Sala de Descongestión por vía de la acción de tutela, a través de los

⁷⁹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1781. (20, mayo, 2016). Por la cual se modifican los artículos 15 y 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Bogotá, Diario Oficial No. 49.879.

requisitos específicos y generales de procedibilidad del amparo constitucional contra providencias judiciales, por “*violación del precedente judicial*” o de la doctrina probable.

Esas hipótesis no son especulación. En muchas decisiones las nuevas Salas de descongestión, se han separado de las doctrinas probables o precedentes de la Sala permanente, habiendo sido, objeto de tutela para la protección de los derechos fundamentales, por ejemplo, en el caso de la impugnación formulado por Eduardo Enrique Pérez Barraza frente a la Sala de Descongestión n° 1 de la Sala de Casación Laboral.

En esa ocasión existía una doctrina de la Sala Permanente que había reconocido pensión convencional. Por ello, en la tutela STC 2019 con radicación n.° 11001-02-04-000-2019-01940-01, al hallar el desconocimiento de la jurisprudencia la Sala de Casación Civil tuteló, para que se observara el antecedente, reconociendo el derecho fundamental a la seguridad social, dimanante de aquella convención, en concordancia a la observancia del derecho a la igualdad. Sobre el particular la Sala dijo:

“En el marco de las atribuciones asignadas a las salas de descongestión de la Sala de Casación Laboral, el parágrafo del artículo segundo de la Ley 1781 de 2016, precisa que, aun cuando éstas actuarán en forma independiente, en el evento en que la mayoría de sus integrantes considere procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, deberán devolver el expediente a la Sala de Casación Laboral para que ésta decida.

“Así las cosas, dado que autónomamente ninguna sala de descongestión puede variar la doctrina de la Sala de Casación Laboral, si se presentara una circunstancia de tal naturaleza que implicara la modificación del precedente o la necesidad de crear una nueva postura jurídica frente a una casuística en particular, se impone la obligación para aquellas, de remitir el caso a ésta, para lo pertinente”⁷⁹⁸.

En consecuencia, salvo que exista un evidente enfrentamiento del antecedente con la Carta para la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el único camino posible para garantizar los derechos fundamentales, junto a la unidad y la coherencia de sus decisiones, fue conceder la acción de tutela, en lo pertinente al asunto: “*Se advierte la prosperidad del amparo, tras constatar que la Sala de Descongestión n°1 de la Sala Laboral de esta Corporación, no realizó una revisión exhaustiva del precedente jurisprudencial de la Sala Permanente, como es su obligación, vulnerando el derecho a la igualdad del tutelante*”⁷⁹⁹.

6.20 LA MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMO CAUSAL REVISIÓN EN LA LEY 906 DE 2004

⁷⁹⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de Tutela. Radicado 2019-01940-01. (20, noviembre, 2019). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Son variadas las hipótesis, en las cuáles para observar la doctrina probable o el precedente, la sala ha tutelado.

⁷⁹⁹ *Ibíd.*

En esta ley, se contempló como una causal, para que prospere el recurso extraordinario de revisión, el cambio jurisprudencial de las Altas Cortes, sobre un punto del derecho, que resulte más favorable al condenado. Se trata de la toma particular por la eficacia y aplicación en materia aflictiva de las doctrinas jurisprudenciales más favorables, expedidas por el Tribunal de cierre, ulteriormente a la condena del acusado. Así como la ley más favorable, excepcionalmente puede tener efectos retroactivos la jurisprudencia también y justamente responde a ese principio.

En lo particular a este punto, se plasmó por el legislador en el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal colombiano: *“Artículo 192. Procedencia. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:(...)7. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”*⁸⁰⁰.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para de proceder al análisis sustancial y adjetivo de la causal, es obligatorio verificar cuatro requisitos previos ineludibles, para la concesión del recurso extraordinario en tan relevante causal, de respeto al precedente favorable:

- “1. Que la acción se dirija contra una sentencia condenatoria ejecutoriada;*
- “2. Que el fallo sea proferido por un juez o corporación judicial;*
- “3. Que la Sala Penal, en decisión posterior, haya variado la concepción normativa aplicada en el fallo cuya revisión se pide*
- “4. Que el nuevo criterio jurídico expresado sea favorable, en cuanto de mantenerse el anterior comportaría una clara situación de injusticia”*⁸⁰¹.

Ahora bien, en lo tocante a precedentes específicos, en los cuales la Corte ha modificado su jurisprudencia, produciendo unos resultados más beneficiosos a los condenados, ha de traducirse en la reducción de años de privación de la libertad o de otros gravámenes frente a las garantías personales. Es necesario añadir que concierne con la modificación o cambio del precedente como causal, en marco del juicio rescindente, cuyo propósito, está claramente, ligado a proteger y aquilatar el derecho a la igualdad, el debido proceso y la justicia material, de los sujetos procesales condenados por los jueces penales en el sistema jurídico colombiano.

En este contexto, se pueden hallar diversos ejemplos, de la modificación del precedente por uno más favorable por parte de la Sala Penal, se encuentra en la Sentencia del 10 de octubre de 2018, donde en sede del recurso de revisión, se declaró fundada la causal séptima por unanimidad de la Sala, ordenando la libertad inmediata del ciudadano por pena cumplida.

⁸⁰⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial No. 45658.

⁸⁰¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de Revisión SP2395-2017. Radicación n° 47143 (22, febrero, 2017). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

En las vicisitudes particulares del caso, es fundamental destacar que se trató de un proceso penal por el delito de acto sexual con menor de 14 de años, después de la declaratoria de inexecutable de un agravante de la contravención penal que, al mismo tiempo, constituía un elemento esencial del tipo penal. La Corte Constitucional, en un juicio de constitucionalidad decidió excluir el referido agravante del ordenamiento interno, por violentar garantías constitucionales y supraconstitucionales por infringir el principio del *non bis in ídem*, axial en el derecho penal contemporáneo.

En el asunto en concreto, por la observancia del agravante, el juzgador de instancia, sancionó con una pena privativa de la libertad mayor al acusado, a la que se podría y debía haber hecho, si la norma declarada inexecutable no hubiese estado vigente en el ordenamiento al momento de proferir la sentencia. Aquí se hincó un antecedente jurisprudencial nuevo y más favorable por la declaratoria de inconstitucionalidad para hacerlo eficaz en el caso ya juzgado, es decir con efectos jurídicos retroactivos. Así, lo expuso en sus consideraciones:

“En eventos como el presente, debe imponerse el tipo penal sin el agravante, toda vez que, para hechos cometidos desde ese momento hacia el futuro, la norma vigente (artículo 7º de la Ley 1236) fue declarada inconstitucional y para eventos anteriores igual debe preferirse la misma disposición con sus consecuencias, en este caso, por resultar benéfica al acusado, en aplicación de la favorabilidad. En consecuencia, como no hay lugar al agravante del artículo 211, numeral 4º del Código Penal, se impone redosificar la pena aplicable, en el entendido de que subsiste el acto sexual abusivo con menor de 14 años, para lo cual es preciso consultar los parámetros consignados en el fallo de primer grado, confirmado sin modificación alguna por el Tribunal”⁸⁰².

De consiguiente, es dable reconocer que el principio de favorabilidad, no tiene su fuente exclusiva y monopólica en la ley, también, se provee, desde la jurisprudencia, con fuerza vinculante para la protección del derecho fundamental a la libertad. Esta garantía se reclama directamente ante el Juez de revisión en consonancia con otro principio, el *pro homine*, para restablecer los derechos de los condenados.

En el ámbito criminal la jurisprudencia se transforma en un mecanismo positivo, hacia la aplicación de la justicia constitucional, a través de las decisiones judiciales. Además, facilita la aplicación de las normas, los principios y los valores del ordenamiento constitucional, evitando, las transgresiones flagrantes de los derechos fundamentales o constitucionales de los ciudadanos, conexos con las garantías penales esenciales, tales como el derecho al debido proceso en la estructura de la investigación y del juzgamiento penal.

En otro fallo de revisión de la Sala Penal de la Corte Suprema del 16 de febrero de 2017 declaró fundada la causal revisoria, invalidando el fallo condenatorio, de una persona autora del delito de extorsión agravada, quien aceptó los cargos en la etapa procesal del juicio oral, y se le impuso una pena sin obtener su rebaja, por virtud de

⁸⁰² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de revisión SP4393-2018. Radicación n° 53142. (10, octubre, 2018). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

la exclusión de beneficios contemplados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, para el delito de extorsión.

En las consideraciones, expuso: “*Habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 – para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo – tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena*”⁸⁰³. De modo tal, que era aplicable la norma de rebaja de la pena, ajustándola a unas normas más favorables para el reo, consonantes con las normas constitucionales y legales del ordenamiento interno.

Por último, la providencia proferida el 22 de agosto de 2018 se trató de una persona condenada por los delitos de secuestro extorsivo agravado, quien en audiencia de formulación de acusación se allanó a los cargos, sin embargo, no obtuvo ninguna rebaja de la pena, en razón a la limitación contemplada en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006. Como con posterioridad a la sentencia de instancia, la Sala de Casación Penal modificó su interpretación de la Ley 890 de 2004, y concedió la revisión al condenado, adoctrinando:

“(…) [F]uerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 – para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo –, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena (…).

“Así mismo, en ejercicio de su función de unificación de la jurisprudencia, la Sala advierte que, en lo sucesivo, una hermenéutica constitucional apunta a afirmar que **los aumentos de pena previstos en el art. 14 de la Ley 890 de 2004 son inaplicables frente a los delitos reseñados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006**”⁸⁰⁴.

En conclusión, la Corte ha ratificado como causal de revisión la expedición de un nuevo precedente o doctrina probable, aquilatando el valor de la doctrina jurisprudencial en múltiples decisiones, cuyo eje central es el cambio de la subregla, en la manera interpretación ya por su propia hermenéutica más benigna o, por causa de los efectos de inexequebilidad sobre las normas penales por razón de las sentencias del Tribunal Constitucional.

La causal de revisión materia de análisis constituye en el ámbito del derecho nacional una forma explícita de la nueva cosmovisión en la composición de las fuentes de producción jurídica.

⁸⁰³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2040-2017. Radicación n°47442. (16, febrero, 2017). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

⁸⁰⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3535-2018. Radicación n° 51996. (22, agosto, 2018). M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

En el caso emerge un criterio más favorable para los sujetos de la acción penal que, no obstante, los agravios a los bienes jurídicos tutelados, son personas con derechos por virtud de nuevos pronunciamientos judiciales que cambian el criterio en forma favorable, *post facto*, respecto de la responsabilidad o de la dosimetría penal y, a quienes por tanto, se les debe garantizar y proteger, en la órbita de un Estado, sus intereses vitales, con fundamento en los nuevos criterios jurisprudenciales que interpretan en forma más favorable las conductas terminales.

6.21 CONCLUSIÓN

Analizada la evolución de la doctrina jurisprudencial hay un claro propósito de construcción de la unificación de la jurisprudencia a través de la doctrina probable, en pos de materializar la protección de los derechos fundamentales y cumplir los fines del recurso de casación insertos tanto en el Decreto Fundacional de la Casación en Francia como en Colombia; propósito hoy, preocupación también las jurisdicciones y saberes jurídicos que no poseen el recurso de casación.

Del mismo modo, queda claro que la doctrina probable ejerce una función centralizadora, y unificadora no solamente desde el punto de vista jurídico, sino también político.

El seguimiento de la doctrina jurisprudencial o la práctica de la unificación jurisprudencial no es un aspecto de poca monta, porque su inobservancia con frecuencia congestiona la justicia, y atenta contra los derechos fundamentales y la construcción de Estado de Derecho.

No comprender que la unificación de la jurisprudencia como tarea casacional y en general de todo el sistema jurídico, es función que se materializa con la aplicación del precedente y la doctrina probable, pasa por alto, los claros fines de la democracia constitucional, de manera que cuando se desconoce la doctrina probable o el precedente se atenta contra el debido proceso, contra los principios de legalidad y supremacía constitucional.

La ley y la Constitución han sido categóricas en señalar cómo la Corte Suprema, tribunal de cierre en la casación, tiene la tarea de fijar el alcance y contenido de las normas constitucionales y legales, mediante decisiones que haga tránsito a cosa juzgada y cobran efectos vinculantes, en la jurisdicción ordinaria; pero del mismo modo, el Consejo de Estado en el ámbito de la jurisdicción contenciosa por medio de los diferentes instrumentos de unificación jurisprudencial. En igual sentido debe tenerse en cuenta con relación a las autoridades disciplinarias.

A la par, la Corte Constitucional, con todo el legado que viene construyendo desde 1991, desde la perspectiva de la guardianía de la Carta es faro en la tarea de unificación jurisprudencial para la protección de los derechos fundamentales.

Las diferentes autoridades administrativas también deben guardar sujeción al precedente, y en general a la doctrina probable que sobre la materia, por medio de sus fallos, dictan las respectivas Cortes. Por tanto, sus decisiones deben seguirlas

y no pueden ser arbitrarias, desconociéndola; por consiguiente, han de ser objetivas y, no pueden, como en el caso de los jueces, separarse de la autoridad de la doctrina jurisprudencial.

En el desconocimiento del precedente o de la doctrina probable hay responsabilidad penal también de las autoridades administrativas, cuando no respetan la jurisprudencia, porque implica pasar por alto el principio de igualdad y ser reos del desobedecimiento al Estado de Derecho.

En sentido análogo, y en general el quebrantamiento de la unificación de la jurisprudencia, la rebelión contra la utilización de la doctrina probable y el afincamiento del precedente atenta contra las políticas públicas. Pasar por alto la unificación jurisprudencial, es ignorar que esta finalidad de la judicatura es un claro instrumento para descongestionar la administración de justicia.

De consiguiente, designios como los de hacer énfasis en los deberes, más allá de las facultades que se otorgan a los tribunales para aplicar la doctrina probable o para buscar acuerdos doctrinarios de uniformidad en ejercicio de prescripciones insertas en el art. 10 de la Ley 153 de 1887 o en el art. 4 de la Ley 169 de 1896, o en el art. 7 de la Ley 1564 de 2012, significan avanzar en la búsqueda de democracia participativa y de la conquista de derechos constitucionales.

De alguna manera, se asimila esta tendencia de la unificación jurisprudencial como medio para constituir Estado de Derecho, con esfuerzos similares, como los que buscó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema colombiana que mediante la Ley 553 de 2000 con el apoyo del Congreso colombiano, procuró en materia de solución de controversias penales elevadas ante la Sala por vía de Casación, y cuyo eje temático ya había sido decantado en resistentes doctrinas consignadas en jurisprudencias anteriores de frecuente o reiterada aplicación, para decidir, dando una respuesta inmediata, resolviendo pronta y cumplidamente las demandas justicia, como medio para luchar contra la congestión judicial pero también contra la impunidad.

Esa Ley fue demandada y en la Sentencia C-252 de 2001, la Corte Constitucional mostró la valía de la Casación y del precedente y la doctrina probable, para dar respuestas ágiles, seguras, y consistentes, mediante la aplicación de sentencias que hayan definido una doctrina o una forma determinada de interpretación de la ley o de los hechos, con la debida motivación del caso.

La legislación expuesta muestra con el conjunto de disposiciones que sistematizan la doctrina probable o el precedente, el creciente poder de unificación que se va entregando a los tribunales de cierre, de modo que converjan la totalidad de los sistemas judiciales y se materialicen las herramientas que contienen en ese propósito. Del Estado Constitucional.

CONCLUSIONES GENERALES Y FINALES

El derecho es fruto de una permanente interacción entre la realidad y la sociedad, en cuyas fronteras surge su eficacia, de tal modo que, en cada época, región o contexto, adquiere particularidades especiales y expresiones diferentes. Es también un producto del pensamiento que está determinado por la situación económica, por los conflictos sociales, por las luchas de poder, por las desigualdades económicas, por la violencia, por la concentración del poder y de la riqueza, por las formas culturales, sociales, políticas o religiosas; todas éstas, razones explican sobradamente, la formación de instituciones políticas con matices diferentes.

De las entrañas del feudalismo y del absolutismo monárquico, emergió el Estado de Derecho, hoy imperante con marcada característica humanista y ambiental, como forma política que ha permitido transitar al Estado Constitucional y Social de Derecho, en pos de conquistar una verdadera legitimidad democrática.

1) La importancia de la Constitución, la jurisdicción constitucional y el rol de la jurisprudencia en el Estado Constitucional y Social Derecho

En el Estado contemporáneo, uno de sus elementos más importante para la materialización de la democracia, lo constituye la Constitución, como la expresión de la Nación, unidad política y cultural soberana, y por supuesto, conjugación de los principios, valores y derechos que deben guiar como faro permanente, el mejoramiento y crecimiento, el desarrollo y fortalecimiento de los estándares democráticos. Esta tendencia se ve fortalecida con la creación de tribunales constitucionales especializados. Así por ejemplo, en Francia se impulsó el Consejo Constitucional, en otros países, los Tribunales constitucionales especializados; o en otros, con la creación al interior de las antiguas Cortes de Salas constitucionales especializadas, cuyas decisiones van adquiriendo el valor de precedente o de doctrina.

La democracia, no es un concepto neutro, y para su existencia demanda la concurrencia de un conjunto de estándares. Además, la existencia de una constitución y del principio de supremacía constitucional, entre tantos, otros patrones y pautas. A fin de predicar la existencia de Estado constitucional, requiere de la separación de poderes, como forma del control del poder y equilibrio del mismo, pero en su interior se destacan los jueces, hoy verdaderos elementos esenciales para el empoderamiento del Estado Social de Derecho, ante la declinación, incapacidad o desgaste de los otros poderes.

En esta labor, se requiere el posicionamiento de una jurisdicción constitucional fuerte e independiente o, de naturaleza mixta, un control constitucional concentrado o ya difuso; cumpliendo la tarea de guardianía de la Constitución para excluir las disposiciones, actos legislativos jurisdiccionales, administrativos o actuaciones inconstitucionales. Al mismo tiempo, se demanda un empoderamiento por parte de todas las otras jurisdicciones o de todos los otros jueces en los todos rincones del Estado, de la propia Constitución, para que en su actividad diaria de solución de casos, en sus diferentes competencias apliquen directamente la Constitución, sin

reticencias, en toda clase de asuntos sometidos a su juzgamiento, y para que actúen como auténticos defensores directos de la misma. Algunas de estas, son las ideas que se hallan plasmadas en el capítulo primero.

Pero simultáneamente ante la iniquidad rampante en América Latina incluyendo a Colombia, en África y en muchos Estados asiáticos, se hace necesario fortalecer el poder y efecto de la sentencia judicial.

2) Jurisprudencia no conceptualista

Para tal fin, se hace obligatorio potenciar la jurisprudencia como verdadera fuente de derecho por medio de dos de sus instituciones más importantes que se han desarrollado en el Estado contemporáneo y de aplicación constante en las tradiciones jurídicas del *civil law* y del *common law*, a saber: la doctrina probable y del precedente, en consonancia con el principio de supremacía constitucional. Por ello, en forma extensa, el capítulo segundo se introduce en el estudio de la jurisprudencia desde el derecho romano, para luego enfrentar múltiples concepciones, mostrando cómo lo relevante en ella, es su vínculo con el Estado Constitucional a través de la unificación para proteger los derechos fundamentales.

Variadas escuelas con tendencias jurídicas disímiles han discutido sobre el concepto y la eficacia de la jurisprudencia; sin embargo, ninguna de ellas ha obtenido la aceptación generalizada sobre su significado y su vigor como fuente productora de derecho; tampoco se ha podido obtener el consenso generalizado sobre su identidad y sus características, a pesar de su impacto y el creciente influjo de los sistemas jurídicos que la acogen como fuente principal de derecho, como el caso, de la tradición del *common law*, cuyas ideas y prácticas han influenciado notablemente el derecho latinoamericano, ante el galopante crecimiento de circulación de modelos jurídicos.

Desde el punto de vista axiológico, en el Estado Constitucional y Social de Derecho, no basta tener en cuenta la gestión y el apalancamiento de una teoría determinada sobre la jurisprudencia, por ejemplo, la conceptualista o la pragmática, ésta última, desarrollada por algunos teóricos, como el Juez Posner⁸⁰⁵, tendencia que discurre o resuelve los problemas cotidianos que llegan embutidos en los litigios, muchas veces, al margen de la realidad, cumpliéndose y ejecutándose como mera especulación jurídica de coherencia argumentativa, espectro que cobija algunas de las teorías de la argumentación, eminentemente formalistas, con un claro divorcio de la realidad, sobre todo, en las economías más atrasadas. Tampoco se trata puramente del ejercicio de la jurisprudencia consecuencialista, conocida por Atienza como un tipo moderno de argumentación estándar⁸⁰⁶, postura en donde se incluye a Alexy y a Neil MacCormick, marginadas de las transformaciones y de los problemas de América Latina, África, Asia o de nuestros países andinos, pero que

⁸⁰⁵ Richard Allen Posner, nacido en 1939, juez norteamericano, autor en otras obras de *The problems of jurisprudence, Economic Analysis of law, etc.*

⁸⁰⁶ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación.* Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 132.

fungen con exigencia de razonabilidad práctica, sin tener en cuenta que los problemas del derecho no son, propiamente de argumentación, sino por esencia de justicia material para cerrar las brechas a las iniquidades.

Si la Constitución tiene elementos centrales: los principios, los valores y los derechos, necesariamente, la interpretación judicial y la jurisprudencia han de edificarse sobre tales bases. Y ello implica, además, reconocer que en el derecho se hallan y bullen no únicamente las normas en sentido formal, sino que también en su interior se refugian y deciden problemas de justicia material. Es reconocer claramente que los principios hoy tienen poder normativo, con posibilidad de desplegar fuerza hermenéutica en todas las decisiones judiciales, no solamente en forma directa para ser aplicados en casos concretos, sino también en toda la actividad estatal por parte de las autoridades.

Y con respecto a los valores, perentorio es entender, que estos también ejercen una fuerza para la ejecución de toda las actividades y relaciones jurídicas, de modo que pueden y deben llenar de contenido axiológico y político, tanto a los principios, a los derechos y a las normas guiando el trabajo jurisprudencial de jueces colegiados y singulares.

3) La motivación de la sentencia como garantía esencial en el Estado Constitucional y Social de Derecho

Todo ese despliegue conceptual se halla inserto en la parte considerativa de la sentencia, aspecto que, también se conoce como la motivación del fallo, tarea imprescindible en el Estado Constitucional y social de derecho, como remedio contra el absolutismo y la arbitrariedad; justamente, porque la argumentación del juzgamiento es la expresión del más importante rasgo de la judicatura contemporánea para la protección de los derechos constitucionales.

En lo tocante con la jurisprudencia, frente a las críticas que permanentemente se le hacen, no solamente ahora, sino las pretéritas, como las que se formularon con ocasión de la revolución francesa, no se pueden adoptar posiciones sectarias descartando su trascendencia y su rol como fuente del derecho y como instrumento para construir Estado democrático. Además, esas críticas en relación con el movimiento revolucionario francés exceden la objetividad; porque ni esa revolución abolió la actividad judicial ni los movimientos jurídicos contemporáneos más radicales han adoptado una postura autoritaria para desconocer la relevancia de la jurisprudencia como fuente formal inagotable y creativa del derecho.

La Constitución colombiana de 1991 en las reglas 230 y 228, en coherencia con otras disposiciones, apalancan la exigencia de la motivación como el ejercicio argumentativo y racional de la sentencia, elemento que vincula directamente al juez con el ordenamiento jurídico vigente y con los hechos concretos objeto de solución. De manera que :

“Aunque la labor hermenéutica del funcionario judicial está rodeada de garantías, como la independencia y autonomía funcional, ello no tiene un sentido absoluto,

sino que dicha labor está sometida a importantes condicionamientos. De una parte, la jurisprudencia de los máximos tribunales que, bajo la institución del precedente y el principio *stare decisis*, vinculan directamente a todos los funcionarios judiciales (y a todas las autoridades públicas, tratándose de la Corte Constitucional). Así mismo, se imponen reglas precisas relativas a la validez del ejercicio hermenéutico: razonabilidad, ausencia de capricho y de arbitrariedad⁸⁰⁷.

Ello es de esta manera porque el juzgador hace parte del Estado, ya como funcionario suyo o como particular investido de jurisdicción, siendo responsable, política, jurídica, fiscal y disciplinariamente de su decisión por medio de la motivación de la sentencia, razón por la cual:

“La razonabilidad se relaciona con la admisibilidad o corrección de las conclusiones a las que arriba el intérprete. No se trata, simplemente, de que tales conclusiones resulten absurdas o no, sino que las conclusiones deben ser compatibles con el marco axiológico, deóntico y consecuencialista definido en la Constitución y en el cuerpo normativo del cual hace parte el texto interpretado. El capricho, por su parte, se presenta en las ocasiones en las cuales el intérprete no sustenta o argumenta debidamente sus conclusiones⁸⁰⁸.”

La motivación como el ejercicio argumentativo y racional de la sentencia es el detonante para las construcciones jurisprudenciales, y, a partir de ella, es como se pueden formular líneas, tendencias, tesis, corrientes o formas de pensamientos por los jueces. Precisamente es la motivación de la sentencia el venero para la doctrina probable y el precedente porque es allí donde se encuentra la racionalización de los problemas jurídicos objeto de juzgamiento, como formas de manifestación del derecho de los jueces, actuando éstos como auténticas voces del derecho mediante la jurisprudencia consignada en la sentencia para la protección de los derechos fundamentales.

4) El precedente y la doctrina probable, en su función de herramientas para la protección de los derechos fundamentales

En el derecho contemporáneo la evolución de la jurisprudencia ha tenido diversos caminos. Por una parte, en la familia del *common law*, para adjudicar derechos se acudió a las reglas del precedente inaugurando un vernáculo derecho jurisprudencial edificado en lo consuetudinario y los principios de justicia y de equidad, divorciándose del predominio del rigor de la ley (*act*) o al menos, flexibilizándose notablemente de ella en la solución de los casos. Precisamente en esa tradición jurídica se estructuró el *stare decisis*, en procura de dar certeza y previsibilidad a las relaciones jurídicas, de tal forma que, casos similares pudieran ser resueltos en forma semejante, siguiendo pautas de la manera como la justicia fue administrada o aplicada en el pasado o de la forma como los casos fueron

⁸⁰⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-546. Expediente T-573149. (18, julio, 2002). M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁸⁰⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-546. Expediente T-573149. (18, julio, 2002). M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

definidos con efectos de cosa juzgada, y cuyas reglas abstractas pudieran ser reiteradas en el futuro.

El análisis de la incidencia de esa familia se reflejó en el capítulo correspondiente al precedente, institución que penetró en el ordenamiento nacional, y se adoptó a pesar la existencia de una creación análoga y respaldada por una historia de más de ciento treinta años en nuestro país, como es la doctrina probable.

Por el contrario, la familia del *civil law* o romano germánica con la revolución francesa, la justicia pretendió ser innovadora a juicio de los revolucionarios otorgando prevalencia a la Ley como fuente normativa superior sobre las demás, en tal forma que profesó un apego, a veces obstinado a ella, generando formalismos vacuos y códigos casuistas. En principio reaccionó contra la vieja jurisprudencia, y a juicio de muchos procuró hacer *tabula rasa* de ella, despreciando el derecho canónico, impulsor por años del desarrollo jurisprudencial así como del derecho consuetudinario, circunstancia histórica que puede justificar el aparente desprecio de los revolucionarios por ella, y explicar el retardo en la adopción de reglas en esta fuente formal, desconociendo el verdadero valor de las decisiones judiciales, entregándole todo el peso creativo del derecho a la ley expedida por los legisladores, adoptando una visión legiscentrista. En esas circunstancias, las reglas expedidas por las asambleas legislativas, por los congresos o por los parlamentos fueron por años, la fuente principal del derecho y la materia prima para la solución de conflictos.

No obstante, germinó como medio para aquilatar el Estado de Derecho en esta familia, el recurso de casación al interior de la revolución francesa, con finalidad nomofiláctica para empoderar los principios de igualdad, fraternidad y libertad postulados por la nueva ideología, y posteriormente, se potenció la fuerza de la casación por el propio sistema jurídico francés con la función de unificar la jurisprudencia, de modo que la protección del derecho objetivo o la ley, y la unificación jurisprudencial procurada, con el vigor creciente de la casación dieron lugar a un paulatino replanteamiento de la jurisprudencia como fuente formal y como medio para hacer Estado de Derecho y democracia. De ese modo, y como desarrollo al interior de la familia romano canónica, emergió la unificación jurisprudencial por medio de la doctrina constante, legal o probable, requiriendo de la existencia de un número plural de decisiones para se constituir en fuente o medio para ser adoptado en casos similares sucesivos, pero a su vez, antecedentes jurisprudenciales singulares han sido base para la uniformidad.

La doctrina reflejada en varias decisiones judiciales antecedentes, dos, tres, cinco, etc., adquirió una importancia inusitada. Sin embargo, debe reconocerse, que exigir un número considerable de decisiones para establecer una doctrina jurisprudencial, aún cuando da mayor seguridad, retrasa el papel unificador de la jurisprudencia o torna exigente sus presupuestos para tan importante tarea.

Una y otra contribuyen directamente a obtener la eficacia de los derechos fundamentales hoy, y en síntesis a la construcción de Estado democrático de derecho. Por esa razón, la jurisprudencia en sus diferentes manifestaciones aparece

la asunción de compromisos de los jueces por medio de sus sentencias con la justicia.

5) El papel de los jueces en el Estado Constitucional y Social de Derecho

Todos los jueces deben ser conscientes de que en el Estado Constitucional y Social de Derecho, junto a los maestros y a los padres de familia, son los pilares o la piedra angular sobre la cual se construye un Estado de Derecho para sortear lo injusto, y romper las causas del desequilibrio y la indignidad, en procura de tomar decisiones justas ante la inercia o ineficacia de las otras autoridades o ramas del poder público. No se trata propiamente el ejercicio de una retórica práctica o consecuencialistas, formalista o antiformalista, o de cualquiera otra clase, muchas de las cuales son teorías ilusas frente a las reales demandas sociales.

La separación tajante entre la función del poder legislativo como creador de las normas generales y del poder judicial como mero aplicador de esas normas, es una concepción inaceptable hoy, por cuanto el juez es un auténtico creador de derecho. Ésto, no porque lo critique o lo diga Kelsen, o tal otro autor, sino porque la dinámica histórica, permite advertir que los jueces con sus decisiones para cada uno de los casos concretos crean derecho, como auténticas normas individuales, pero también disposiciones con contenido general replicables en casos análogos a través del precedente y de la doctrina probable, como mecanismos para luchar por la igualdad en el Estado de Derecho, y como medios para otorgar seguridad jurídica y confianza legítima.

Ello resulta incontrovertible con las decisiones colegiadas de las Cortes de cierre, de los tribunales constitucionales, de los tribunales supremos, de las cámaras de apelación, al mismo tiempo con las decisiones de jueces singulares que se ven obligados por la fuerza de los hechos a crear soluciones y disposiciones generales cuando se enfrentan con problemas de anomias legislativas, lagunas, antinomias legales, vacíos axiológicos, así tengan divergencia con la producción de la ley por parte de los legislativos, tanto, en la genética como en la práctica productiva diaria.

La producción del legislador, se impone perentoriamente por mandatos constitucionales y por la propia naturaleza del Estado de Derecho; la judicial, por regla general rige, apenas para el caso concreto, y no obliga para otros casos. Sin embargo, aunque la creación de la ley, es de la sola incumbencia del legislador, con la disciplina del precedente o con la doctrina legal, constante o probable, o con las decisiones que toman en muchos casos los jueces, por ejemplo, en los de estirpe constitucional o en la solución de casos colectivos o en las sentencias con efectos *erga omnes*, se convierten en normas generales. Ese espacio normativo ocupado por la jurisprudencia, halla también su razón de ser, por cuanto la ley no puede prever todas las soluciones casuísticas. De tal modo, que siempre habrá estrecha relación y vinculación entre jurisprudencia y ley, pero ésta, en nuestro sistema siempre fijará sus límites.

De esa forma, esas decisiones conforman una doctrina jurisprudencial que obliga a otros jueces y autoridades a seguir y obedecer las decisiones, sea por su condición

de obligatorias o persuasivas. En esas circunstancias, esa dinámica alienta enfrentamientos entre posiciones judiciales para aceptar esas decisiones, pero la evolución histórica impone la solución de incompatibilidad o del conflicto, cuya dialéctica, por fortuna, desemboca en nuevas posiciones de los mismos o de nuevos jueces quienes superan las contradicciones, planteando nuevos criterios de carácter general, sea estableciendo jerarquías de soluciones, excepciones a reglas generales, dejando sin piso alguna de las soluciones enfrentadas, actividad histórica que en el fondo en nada se diferencia con las tareas legislativas.

La jurisprudencia a través de las manifestaciones, suyas, cifradas en el precedente o en la doctrina probable, cumple la función de adaptar el derecho a nuevas condiciones reales, respondiendo a los intereses, requeridos para la consolidación de un Estado de Derecho justo.

En lo tocante con los viejos y ortodoxos modelos socialistas, en su desarrollo jurisprudencial han tenido poca incidencia en el debate contemporáneo de las fuentes dada su similitud con la tradición del derecho continental; además, la observancia de la ley por parte del juez socialista fue un imperativo de partido único, por ello, por ejemplo, el artículo 112 de la Constitución de la antigua Unión Soviética⁸⁰⁹, permitía retratar la cuestión en el punto, consistente, en que a pesar de la pregonada independencia judicial, los falladores debían someterse exclusivamente a la ley. Y en lo relativo al pensamiento actual hay incidencia mayoritaria de la familia del *civil law*.

6) La seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad, esencia de la doctrina probable y el precedente

El recorrido argumental de este trabajo permite colegir que la unificación de la jurisprudencia es un medio para la protección de los derechos subjetivos y de los derechos fundamentales por medio de la doctrina probable y del precedente. Entre otras cosas, aquilata la igualdad, la independencia y la autonomía judicial, la confianza legítima y la seguridad jurídica para las partes y los terceros frente al proceso, con la finalidad de evitar la arbitrariedad y el capricho de las partes o de los jueces, como lucha por la consolidación de un Estado Constitucional y social de derecho.

Por supuesto, la pretensión de seguridad jurídica no puede ser incompatible con un margen de discrecionalidad en la aplicación e interpretación del derecho, ante las lagunas, vacíos o diferentes opciones. En todo caso, la seguridad en el sistema jurídico implica la existencia de claridad en el derecho objetivo, sea de las leyes, de los reglamentos o de los actos administrativos; pero también permanencia material de los jueces que aplican las normas para prevenir la inestabilidad permanente; conlleva la existencia de condiciones objetivas para la solidez de las instituciones jurídicas, de modo que no estén sujetas a cambios, vaivenes o reformas continuas,

⁸⁰⁹ UNIÓN SOVIÉTICA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA URSS DE 1936. [en línea]. Traducción Gazte Komunistak de Euskadi, 2004. Editada por Marxists Internet Archive, enero de 2005. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/tematica/histsov/constitucion1936.htm>

del tal modo que alteren sus estructuras administrativas y jurídicas. Además, busca posibilitar el funcionamiento armónico de las diferentes ramas del poder y de las propias instituciones en general.

El precedente y la doctrina probable son incidentes en forma eficaz en la seguridad jurídica, como derecho y principio en su aplicación y como medio para obtener la materialización del derecho a la igualdad, porque la uniformidad en las decisiones conlleva igualdad de trato para casos iguales y diferencial para los desiguales.

El estudio del precedente y de la doctrina probable, muestra la modificación en el sistema de fuentes de derecho en Colombia, frente a la lectura del art. 230 de la Carta, porque tradicionalmente se hacía su análisis, separándolas en principales y secundarias como si se tratara de dos columnas disonantes y dispares, poniendo a un lado, la Constitución y la ley, y dejando en otra columna la “(...) *equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina* (...)”, por ostentar la calidad de criterios auxiliares de la actividad judicial.

No se niega que, en nuestro país en la solución de casos, la ley y la Constitución como fuentes principales no pueden ser omitidas para su aplicación en un problema jurídico concreto, cuando las consecuencias jurídicas se hallan previstas ante un hecho determinado, so pretexto de que, existe una mejor respuesta en una fuente secundaria. Empero, como la ley es dinámica y la historia también, los jueces sí pueden por vía jurisprudencial adaptarlas a las nuevas necesidades.

7) El precedente y la doctrina probable como herramienta práctica y apta para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, en el quehacer judicial diario

El precedente y la doctrina probable son respuestas idóneas cuando en la ley no se halla alguna solución, del mismo modo cuando se admitan diferentes interpretaciones o variantes, como medio para seleccionar cuál es la correcta o la más aproximada, caso en el cual, se escoge la ley y la doctrina o la fuente auxiliar que oferte e ilustre la interpretación que mejor se avenga a la Constitución. De no existir ley ni antecedentes jurisprudenciales, compete al juez, asido a la Constitución y a los principios generales derecho, acudir a la creación o a su discrecionalidad, no en forma arbitraria, sino dentro del marco de la Constitución, del derecho convencional, en el derecho internacional de los derechos humanos y del propio bloque de constitucional apoyado por el *hard Law* y *soft law*, razonar a partir de las pruebas en forma fuerte y justificada sobre el modelo de solución que crea.

En todo caso, cuando se aplica la jurisprudencia por vía del precedente o de la doctrina probable, su propósito ha de ser, la protección de los derechos fundamentales, sea aplicando las subreglas de uniformidad creadas por los jueces o mediante la formulación de nuevas líneas que respondan a la búsqueda de la igualdad y protección de las garantías. La ley muchas veces no basta y es incapaz, para solucionar un caso o dar certeza a la totalidad de los problemas que resuelven los jueces, dado que no contiene todas las respuestas admisibles porque no puede ser casuista. Por ello, la jurisprudencia como derecho creado por los jueces, no

solamente permite sino que obliga a los propios jueces a resolver todo asunto sometido a su consideración so pena de responsabilidad política y penal frente a la Constitución y a la ley; y en ese camino requiere no dar resquicio a la arbitrariedad, sino dar paso a la uniformidad de los fallos e igualdad de los ciudadanos ante la administración de justicia.

Adicionalmente, la uniformidad jurisprudencial, permite la previsibilidad y la coherencia jurídica para la comunidad por cuanto la ciudadanía y en general los usuarios del sistema judicial podrán advertir y prever la forma como en el futuro sus causas pueden ser resueltas, a pesar de la tendencia en muchos sectores judiciales de procurar construir decisiones *ad hoc*, como pretexto para buscar justicia material.

En principio, podría pensarse en una contradicción entre la seguridad jurídica y la confianza legítima con relación a la equidad y la justicia. Sin embargo, esta divergencia es aparente, por cuanto, se parte del criterio de que los antecedentes o las líneas que se construyan, y general toda sentencia, deben edificarse sobre la protección de los derechos, la justicia y la equidad, desde los elementos probatorios aportados al juicio.

En el Estado Constitucional y social de derecho la observancia de la unificación jurisprudencial por medio del precedente y de la doctrina probable facilitan la construcción de Estado de Derecho, empero, a pesar de la estabilidad jurídica que otorgan y de los niveles de seguridad jurídica que incrementan, siempre existirá la posibilidad de separarse, cuando las necesidades lo urjan, pero mediante un razonamiento fuerte y justificado, que demuestre la necesidad de solucionar la controversia en forma diversa a la prevista en el antecedente o en la doctrina frente a la cual se diverge.

Pero la unificación de la jurisprudencia empieza a jugar un papel central con los procesos de globalización creciente, de circulación de modelos judiciales, de ampliación del comercio internacional, de nuevos colonialismos y de inversión extranjera. Esos fenómenos implican simultáneamente el surgimiento de la globalización jurídica, en muchos campos, como los tocantes con doble tributación, contratos de estabilidad jurídica, tratados bilaterales o multilaterales, tribunales internacionales, centros de conciliación y arbitraje para la solución de conflictos. La mundialización de la economía y del comercio no tiene eficacia si al paso que se desarrolla y extiende, en cada una de las nacionalidades y en los propios organismos internacionales no se adoptan modelos en fuentes del derecho que sirvan de apoyo a los procesos de unificación jurisprudencial, pues únicamente de este modo se alcanzarán los objetivos de buscar una comunidad global incluyente y con protección universal, pero con respeto de la diversidad y de las identidades nacionales.

8) La jurisprudencia en la construcción del Estado Social y Democrático de Derecho

En Colombia hoy, como en la mayoría de las democracias formales, existe una progresiva falta de legitimidad de los poderes públicos y de las autoridades

estatales. A ello se suma las crisis de representatividad de las autoridades administrativas, políticas y legislativas. Hay carencia de la identificación de los miembros de la sociedad con las organizaciones de representación política tradicionales, así como con los partidos políticos, de modo que la ciudadanía y en general, la mayoría de las personas, no se sienten incorporadas en los programas de los partidos o en las organizaciones que dicen representarlas.

Contradictoriamente, ante la ineficiencia del ejercicio del control por los organismos previstos en las propias constituciones, surge una constante vigilancia de la actividad política y de las actuaciones de las autoridades por parte de los ciudadanos y de las organizaciones, fruto de una facilidad en el acceso a la información a través de los diferentes medios de comunicación tradicionales y nuevos, masivos e individuales, públicos y privados. Pulula la información falsa, la verdadera, la mentirosa, la parcializada, la simulada, la interesada, la política o la propagandística, que también crea astros falsos, vuelve héroes a los criminales, torna idiotas y “malos” a los éticos, purifica a los condenados o absuelve a los hampones; con todo, mucha de esta información, fundada o no, enjuicia la corrupción política rampante y los proyectos políticos destructivos. Por supuesto, los grandes medios al servicio del capital y de las maquinarias políticas son timoratos en enjuiciar a los poderes y autoridades ineptas, corruptas o irresponsables. No obstante, gracias a la *web*, también existen algunos medios fiables y rigurosos que surgen como alternativa contra las narrativas tradicionales de los medios escritos, televisivos o radiales, exponiendo las actuaciones de la burocracia estatal y su grado de participación en la corrupción, analizando las aspiraciones políticas o de los falsos profetas; que someten a la crítica; las normas de carácter administrativo que afectan de manera negativa a las mayorías, al medio ambiente y los derechos de los animales, que vapulean contra el ciudadano anónimo, que ignoran las minorías y la población en condición de vulnerabilidad. Igualmente, otros medios o redes sociales procuran descorrer el velo de los poderes que permiten la regresión en materia de derechos sociales y económicos.

Se demanda pulcritud, responsabilidad, verdadera democracia y participación política, y surgen posturas cada vez más críticas e inflexibles de la ciudadanía exigiendo derechos, acordes al principio de progresividad que consagra la Carta y los Derechos Humanos, de modo que, las personas buscan la materialización de más y mejores prerrogativas, a través de la denuncia, de la protesta pacífica, de la movilización y de reclamos ante los jueces del Estado.

En este contexto, los órganos del Estado más afectados en su legitimidad son el legislativo y el ejecutivo. Los jueces, si bien es cierto, han sido aquejados por bochornosos escándalos de corrupción, y otro número, son irresponsables ante la Constitución, no solo en Colombia sino en casi la totalidad de los países en América Latina, el ciudadano de a pie, cree en ellos.

Las autoridades ejecutivas, políticas y legislativas, no están aún dispuestas a abogar por defensa de las mayorías de la población frente a las necesidades básicas insatisfechas, ni decididas realmente para resguardar el desarrollo sostenible en la economía nacional, ni para perseguir realmente a las mafias

económicas y mineras que depredan los recursos del país; mucho menos para garantizar los derechos e intereses de minorías o de población vulnerable no representadas. Iniciativas nacionalistas o de justicia social, conllevan un alto costo político para los legisladores y los administradores ante los monopolios económicos.

Ahora bien, propuestas de políticas públicas que apunten en tal sentido, no tienen gran aceptación, porque resultan impopulares por diferentes motivos, por representar temas vedados o porque están en contravía de valores tradicionales o religiosos, o porque no están en la cima de prioridades de la sociedad, como asuntos de género, la protección a los derechos de población LGTBI, la defensa del medio ambiente, los derechos de las poblaciones indígenas y afros, los derechos de los animales, pues también resultan deleznable.

La insuficiencia de las iniciativas políticas tradicionales, engendran vacíos jurídicos que socavan las garantías y derechos constitucionales establecidos por el constituyente. Empero, en el Estado Constitucional no existe justificación jurídica válida, para no salvaguardar los intereses colectivos de las mayorías, y particulares de aquéllos grupos no representados, menospreciados por los actores políticos o los órganos del Estado.

Resulta por tanto, central el rol del juez en el Estado Social y Constitucional de Derecho, para materializar la tarea otorgada por la Carta Constitucional, eje central del ordenamiento, así como para juzgar a los causantes o cómplices de estas tragedias. Al juez se ha delegado la función de salvaguardar la Carta y el derecho material, por consiguiente, es el garante de los valores, derechos y principios insertos en ella.

El acto por excelencia del juez, que puede restablecer el derecho es la Sentencia como medio de hacer justicia material y cumplir la supremacía constitucional; del mismo modo para aplicar las disposiciones legales en cada asunto en concreto, y en cada una de las jurisdicciones y especialidades. El Juez debe encarnar por medio de la jurisprudencia tanto en el fondo como en la forma los principios, valores y derechos fundamentales.

Ante el déficit de Estado de Derecho, por la inercia de los otros poderes o ramas, la judicial debe ejercer con vigor y rigor la autonomía e independencia judicial para por medio de la sentencia formular verdaderas líneas jurisprudenciales, que hagan viviente la Constitución para materializarla en cada asunto particular, de modo que todos los jueces, en todos los rincones, apliquen los precedentes o las doctrinas probables formuladas desde la propia hermenéutica e interpretación constitucional que propenda por hacer Estado Social de Derecho; más no, bajo un legalismo inocuo que no se cumple, meramente formal en el mundo del derecho. Pero no puede ser ejerciendo una labor jurisprudencial mecánica, sino racional y democrática, que engendrará confianza legítima y la seguridad jurídica.

El precedente y la doctrina probable serán entonces, auténticos instrumentos para proteger el derecho y el principio de igualdad, en la solución de los casos particulares, además, medios idóneos para aniquilar las “injusticias” y

discriminaciones que, por acciones u omisiones de actores públicos o privados, infringen o desconocen las normas legales, constitucionales y convencionales, relacionados con la protección de los derechos fundamentales.

Por consiguiente, los ciudadanos podrán acudir con certeza a los jueces, para llenar los vacíos que otros órganos del Estado por incompetencia o dejadez, indolentemente han propiciado o mantenido, desconociendo las demandas específicas de las personas en búsqueda de la dignidad humana⁸¹⁰, pilar fundante del Estado Democrático y Constitucional.

La jurisprudencia, del juez que hace viviente la Constitución, será entonces, en su verdadera dimensión, medio para luchar contra las profundas inequidades y exclusiones como las existentes en la sociedad colombiana; y la unificación jurisprudencial, medio efectivo para el amparo de los derechos básicos de las personas, pero también, para la protección de los derechos de los animales, de la madre tierra y en general del medio ambiente. En este último evento, en pro de una cosmovisión ecocéntrica - antrópica que, garantice la supervivencia de la especie humana y la corresponsabilidad con las futuras generaciones, junto a la construcción jurídica de un Estado de Derecho Ambiental.

En consecuencia, el activismo judicial no es un capricho de los juzgadores, sino una práctica judicial insoslayable que está acorde con la obligación de cumplimiento de la Constitución y de los tratados de derechos humanos y con el laborío de la unificación jurisprudencial en pro de la materialización de los derechos y de la justicia material en la tierra.

⁸¹⁰ Entendida desde el objeto de protección en tres dimensiones: 1. Buen vivir, o Vivir bien, con las satisfacciones de unas necesidades económicas mínimas consecuentes con la naturaleza humana; 2. Vivir sin estar sujeto a tratos crueles o humillaciones y, 3. Vivir con la posibilidad o facultad de desarrollar un proyecto de vida de acuerdo a su libre albedrío y a la autodeterminación; algo así, en términos análogos a los planteados por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-881/02.

BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. *La Motivación de las Sentencias Genealogía y Teoría*. [en línea]. Tesis de doctorado. Granada: Universidad de Granada. Departamento de Filosofía del Derecho, 2005. p. 81 [Consultado: 15 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://hera.ugr.es/tesisugr/15837889.pdf>

------. La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna? En: *Valdivia Revista de Derecho*. Valdivia. diciembre, 2003, vol. XV, no 2.

AGUIAR TORRES, Humberto S. El Examen en Casación en la Ley Procesal Penal Militar. En: *Revista Jurídica 3 del Ministerio de Justicia de la República de Cuba*. 1984. 246 P.

AGUILÓ REGLA, Joseph. *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2000.

AGUIRRE GODOY, Mario. *Recurso de Casación Civil*. Guatemala: Universidad San Carlos de Guatemala, 1964. 125 P.

ALESSANDRI, Arturo. *Curso de derecho civil*. Santiago: Sin datos de editorial, 1939. 153 P.

ALEXI, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, no. 28, 2003.

------. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 1994. 208 P.

ALGERO, Mary. *The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation* [Las Fuentes del Derecho y el Valor del Precedente: Un estudio comparativo y empírico de un Estado de Derecho Civil en una Nación de Derecho Común]. En: *Louisiana Law Review*, 2005. Vol. 65, n° 2.15-16 PP.

ALIAGA G., Álvaro. *Los recursos procesales en el juicio arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985.

ALISTE SANTOS, Tomás J. *La motivación de las resoluciones judiciales*. 2da ed. Madrid: Marcial Pons, 2018.

ALMANZA LATORRE. *Los motivos de Casación Penal en el Foro*. 1 ed. Bogotá: Roffaprint Editores Bogotá, 1984. 428 P.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. 2 ed. Tomo VII. Buenos Aires: Editorial Egea, 1982.

ALVES DIAS DE SOUZA, Marcelo. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Brasil: Juruá Editora, 2006. 18 P.

ALLEN, Carleton. *Law in the making*. [Ley en el proceso]. 7ª ed. n° 1. 220 P.

AMAYA, César Fernando. *El precedente judicial en Colombia*. Tesis para aspirar al título de abogado. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, 2002.

ARÁMBULA, Durán Enrique. *El Recurso Extraordinario de Casación Laboral*. Bogotá: Editorial Temis, 1975.

ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 33.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990. 55 P.

ARISTÓTELES. *Ética nicomáquea*. Presentación de Gloria Domínguez. México: Ed. Época, 1999. p. 125. Trad. Antonio Gómez Robledo, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1983 (*Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana*) 138-141 P.

ARTURO DORADO, Néstor Raúl y CUCHUMBÉ HOLGUÍN, Nelson Jaír. *Argumentación jurídica y análisis jurisprudencial*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Carrera de Derecho, 2009.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 133 P.

AUSTIN, Jonh. *El objeto de la Jurisprudencia*. Trad. J. R. De Páramo. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. (Original en inglés, 1832).

AYALA AÑAZCO, Emilio. La Jurisprudencia de intereses. En: *Revista Jurisprudencia del Sur* [en línea]. Corte Suprema de Justicia del Paraguay, 2000 [consultado 19 de marzo de 2019]. Disponible en: http://www.pj.gov.py/tercera/revista_js/2000int.html.

BÁDENAS ZAMORA, Antonio. *El patrocinio del justificable pobre en la España liberal (1833-1868)*. Madrid: Editorial Dykinson, 2005. 413 P. ISBN 8497726928, 9788497726924.

BAKER, Brook K. *Teaching Legal Research and Writing* [Enseñando Investigación Legal y Escritura] En: *Perspectives*, diciembre, 2001, Vol. 9, n° 2. 50-101 P.

BARBERO, Domenico, *Sistema de Derecho Privado*. Traducción de SENTIS MELENDO, Santiago. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. 105-106 P.

BARRETO, Antonio y CEPEDA, Manuel José. *Derecho Constitucional*, Perspectivas críticas. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Siglo del Hombre editores, 1999.

BASTIDAS DE RAMÍREZ, Raquel. *El precedente judicial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2009.

BATIZA, Rodolfo. La *ratio decidendi* en la jurisprudencia y la doctrina angloamericana, en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana [en línea]. En: *revista en el acervo probatorio de BJV*. 1992, No. 21. Sección Previa. 23 P. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11146/10199>

BENDITT, Theodore M. "*The Rule of Precedent*". Citado en Lawrence Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Oxford Carendon Press. Oxford, 1987. 89-106 PP.

BERNAL, Carlos. *El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. 1 ed. 2005, Quinta reimpresión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

BERNAL, Carlos. *El Precedente en Colombia. En El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. PP. 153 - 167.

BETEGON CARRILLO, Jerónimo, y otros. *Fuentes del derecho. En Lecciones de teoría del derecho*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. 344 P.

BEVEN, T. *Appellate Jurisdiction of the House of Lords*. [Jurisdicción apelada de la Casa de los Loes]. LQR, 1901. 357 P.

BHALA, Raj. *The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy)* [El mito sobre *stare decisis* y la Ley de Comercio Internacional (Primera parte de la trilogía)]. En: *American University International Law Review*, 1999, Vol. 4, no. 14. 845-956 PP.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 3 ed. (Trad. E. R. Acuña). Bogotá, D.C.: Temis, 2007. (Original en italiano, 1958,1960).

------. *El Problema del Positivismo Jurídico*. 8va Reimp. Trad. E. G. Valdés. México, D.F.: Fontamara, 2004. (Original en italiano, 1965).

------. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Ed. Temis, 1987. 158 P.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. 418 P.

BONILLA, Daniel y ITURRALDE, Manuel. *Hacia un nuevo derecho constitucional*. 1 ed. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2005.

BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del Derecho*. 2 ed. Bogotá, D.C.: Temis. 1982. 74 y s.s. P.

------. *Introducción al estudio del Derecho*. Traducción de GUERRERO, Jorge. Bogotá, D.C.: Edicolda, 1976.

BORÉ, Jacques. *La Casación en Materia Civil*. Edición Sirey. París, 1998.

BOTERO URIBE, Darío. *Hermenéutica jurídica*. 1 ed. Bogotá: Rosaristas, 1997.130 P.

BOTERO, Catalina y JARAMILLO, Juan Fernando. “*El Conflicto de las Altas Cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias*”. Investigación de la Universidad de los Andes. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_37.pdf

----- JARAMILLO, Juan Fernando y UPRIMNY, Rodrigo (et. al). *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*. Primera Edición Bogotá: Andiaros, Fundación Konrad Adenauer y De justicia. Ed. Legis, 2006.

----- La acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano. En: *Precedente, anuario jurídico* [en línea]. Diciembre de 2003. Disponible en internet: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1982/2502>

----- *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela judicial, Rodrigo Lara Bonilla, 2009. 206 P.

BUENDIA CANOVAS, Alejandro. *La casación civil. Estudio doctrinal sobre los fines casacionales*. Barcelona: DIJUSA, 2006. 256-257 P.

BUITRAGO GUZMAN, María Rosalba. *Constitucionalismo comparado. Acercamientos Metodológicos, Históricos y Teóricos: Análisis comparado de los inicios del constitucionalismo social*. En MARQUARDT, Bernd (ed.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Investigaciones Jurídico- Sociales Gerardo Molina –UNIJUS-. 2009.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. J-O. Tomo V. 18. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1981. 55 P.

CABRERA DUSSAN, Flavio. *Principios de casación en asuntos civiles*. Bogotá: Editorial Kelly, 1941.

CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo III. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

----- *La Casación Civil: Historia y Legislaciones*. Tomo I.

CALDERÓN BOTERO, Fabio. *Casación y Revisión en Materia Penal*. 2 ed. Bogotá D. C.: Ediciones Librería del Profesional, 1985. 427 P.

CAPPELLETTI, Mauro. *The Judicial Process in Comparative Perspective* [El Proceso Judicial en Perspectiva Comparativa]. 1ª ed. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1989.

CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos, de AA. VV. El Neoconstitucionalismo en su laberinto*. Editada por Miguel Carbonell. Madrid: Ed. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007.

CARDOSO ISAZA, Jorge. *Manual Práctico de la Casación Civil*. Bogotá, D.C.: Universidad Gran Colombia, 1984. 119 P.

CARDOZO, Benjamin N. *La naturaleza de la función judicial*. Ed. Comares S.L. 2004.

CEPEDA Espinosa, Manuel José. *Derecho Constitucional Jurisprudencial: Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*. 1 ed. Bogotá: Legis, 2001.

CERÓN CORAL, Jaime y HERRERA VERGARA, José Roberto. *Convenios de la OIT ratificados por Colombia*. Colegio de abogados especializados en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Bolívar: Ed. Linotipia.

COALE, David y COUTURE, Wendy. *Loud Rules* [Reglas Ruidosas]. En: *Pepperdine Law Review*. 2007. Vol. 34. 715-716 PP.

COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 45, Ponencia Informe “Asociación Sindical” y “Sobre el trabajo y el trabajador”.

COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 85 Informe Ponencia para primer debate en plenaria “Derecho del Trabajo”.

COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 109, “Artículos de la Constitución Política de Colombia, aprobados en primer debate”. 210.

COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 113, “Codificación del articulado de la Constitución de Colombia para segundo debate”.

COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 139, “Actas de sesión plenaria”.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599. (24, julio, 2000). Por la cual se expide el código penal. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2000. No. 44.097.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 61. (25, noviembre, 1886) Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales. Bogotá: Diario Oficial. 1886. No. 6.881 - 6.882.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105. (24, noviembre, 1890). Sobre reformas a los procedimientos judiciales. Bogotá: Diario Oficial No. 8.296.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1285. (22, enero, 2009). Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 47.240.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1340. (24. Julio, 2009). Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 47.420.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2011. No. 47.956.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153. (15, agosto, 1887) Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Bogotá: Diarios Oficiales. 1887. Nos. 7.151 y 7.152.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2012. No. 48.489.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 169. (31, diciembre, 1896). Sobre reformas judiciales. Bogotá: Diario Oficial. 1897. No. 10.235.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1781. (20, mayo, 2016). Por la cual se modifican los artículos 15 y 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2016. No. 49.879.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270. (7, marzo, 1996). Estatutaria de la Administración de Justicia. Bogotá, D.C.: Diario Oficial.1996. No. 42.745.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 446. (8, julio, 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 1998. 43.335.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 (20, abril, 1887). Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional. Bogotá: Diario Oficial. 1887. No. 7.019.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial No. 45658

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación No. 52001 23 31 000 1996 07526 01. (13, noviembre, 2009). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Radicación No. 11001-03-15-000-2013-02690-01(AC). (19, febrero, 2015). C.P. Alberto Yepes Barreiro.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN DE 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA de 1991. Gaceta Constitucional, n° 114 de 7 de julio de 1991.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-217. Expediente no. D-215. (7, junio, 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993 [consultada el 10 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-217-93.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252. Expedientes D-2825 y acumulados (28, febrero, 2001). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Bogotá, D.C.:

2001 [consultada el 1 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-252-01.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-010. Expediente D-2431 (19, enero, 2000). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 2000 [consultado el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-010-00.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Expediente: P.E.-008. (5, febrero, 1996). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa [en línea]. Bogotá, D.C.: 1996 [consultada 15 agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-076. Expediente RPZ-009. (25, Julio, 2018). M.P. Alberto Rojas Ríos [en línea]. Bogotá, D.C.: 2018 [consultada el 27 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-076-18.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083. Expediente D-665. (1, marzo, 1995). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104. Expediente N° D-164. (11, marzo, 1993). M.S. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993 [consultado el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113. Expediente D-096. (25, marzo, 1993). M.P. Jorge Arango Mejía [en línea]. Bogotá, D.C.: 1993 [consultada el 10 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-113-93.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131. Expediente D-182. (1, abril, 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1991 [consultada el 15 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131. Expediente D-4599. (19, febrero, 2004). M.P. Clara Inés Vargas [en línea]. Bogotá, D.C.: 2004. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-131-04.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225. (18, mayo, 1995). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252. Expediente D-2825 y acumulados. (28, febrero, 2001). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Bogotá, D.C.: 2001. [consultada el 1 junio de 2019]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-252-01.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expedientes D-6943 y D-69462008. (16, abril, 2008). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 17 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400. Expediente L.A.T.-108. (10, agosto, 1998). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1998 [consultado el 15 de julio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-400-98.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461. Expediente D-9446. (17, julio, 2013). M. P. Nilson Pinilla Pinilla [en línea]. Bogotá, D.C.: 2013 [consultada el 19 marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-461-13.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-537. Expediente D-7942. (30, junio, 2010). M.P. Juan Carlos Henao Pérez [en línea]. Bogotá, D.C.: 2010 [consultada el 5 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-537-10.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539. Expediente D-8351. (6, julio, 2011). M.P. Luís Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 27 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-588. Expediente D-8864. (25, julio, 2012). M.P. Mauricio González Cuervo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2012 [consultada el 16 de septiembre de 2019]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-588-12.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-621. Expediente D10609. (30, septiembre, 2015). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [en línea]. Bogotá, D.C.:

2015 [consultada el 16 de septiembre de 2019]. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm#_ftnref16

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634. Expediente D-8413. (24, agosto, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-670. Expediente D-4865. (13, julio, 2004). M.P. Clara Inés Vargas [en línea]. Bogotá, D.C.: 2004 [20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-670-04.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713. Expediente P.E. 030. (15, julio, 2008). M.P. Clara Inés Vargas Hernández [en línea]. Bogotá, D.C.: 2008 [consultada el 5 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-816. Expediente D-8473. (1, noviembre, 2011). M.P. Mauricio González Cuervo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultado el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-816-11.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-820. Expediente D-6224. (4, octubre, 2006). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [en línea]. Bogotá, D.C.: 2006 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-820-06.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836. Expediente D-3374. (9, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil [en línea]. Bogotá, D.C.: 2001 [consultada el 1 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-037. Expediente T-6171737. (31, enero, 2019). M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez [en línea]. Bogotá, D.C.: 2019 [consultada el 1 de noviembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU037-19.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047. Expediente T-180.650. (29, enero, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultada el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-068. Expediente T-6.334.219. (21, junio, 2018). M.P. Alberto Rojas Ríos [en línea]. Bogotá, D.C.: 2018 [consultada el 5 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU068-18.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-120. Expedientes T-406257 y acumulados. (13, febrero, 2003). M.P. Alvaro Tafur Galvis [en línea]. Bogotá, D.C.: 2003 [consultada el 1 septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/SU120-03.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-354. Expediente T-5.882.857. (25, mayo, 2017). M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2017 [consultada el 10 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025. Expediente T-4.505.009. (23, enero, 2015). M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2015 [consultada el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-025-15.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-107. Expediente T-2013122. (20, febrero, 2009). M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez [en línea]. Bogotá, D.C.: 2009. [Consultado: 1 de noviembre de 2018]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-107-09.htm>COLOMBIA.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-123. Expediente T-48378. (21, marzo, 1995). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 [consultada el 5 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-123-95.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-175. Expedientes, T-114880 y acumulados. (8, abril, 1997). M.P. José Gregorio Hernández Galindo [en línea]. Bogotá, D.C.: 1997 [consultada el 29 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-175-97.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-203. Expediente T-371427 y Acumulados. (19, marzo, 2002). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa [en línea]. Bogotá, D.C.: 2002 [consultada el 5 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-203-02.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-245. Expediente T-4.128.903. (11, abril, 2014). M.P. Mauricio González Cuervo [en línea]. Bogotá,

D.C.: 2014 [consultada 14 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-245-14.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-260. Expedientes T-53448 y acumulados. (20, junio, 1995). M.P. José Gregorio Hernández Galindo [en línea]. Bogotá, D.C.: 1995 [consultada el 29 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-260-95.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-546. Expediente T-573149. (18, julio, 2002). M.P. Eduardo Montealegre Lynett [en línea]. Bogotá, D.C.: 2002 [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-546-02.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-548. Expediente T-1297753. (13, julio, 2006). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [en línea]. Bogotá, D.C.: 2006 [consultado el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-548-06.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568. Expediente 206.360. (10, agosto, 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Bogotá, D.C.: 1999 [consultado el 20 de abril de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-568-99.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-571. Expediente T-1554355. (27, julio, 2007). M.P. Jaime Córdoba Triviño [en línea]. Bogotá, D.C.: 2007 [consultada el 29 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-571-07.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-589. Expediente T-2589622. (26, julio, 2010). M.P. María Victoria Calle Correa [en línea]. Bogotá, D.C.: 2010 [consultado 1 de junio de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-589-10.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-641. Expediente T-3.000.061. (26, agosto, 2011). M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo [en línea]. Bogotá, D.C.: 2011 [consultada el 27 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-641-11.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-688. Expediente T-731444. (8, agosto, 2003). M.P. Eduardo Montealegre Lynett [en línea]. Bogotá, D.C.: 2003 [consultada el 1 de septiembre de 2019]. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-688-03.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-698. Expediente T-869246. (22, julio, 2004). M.P. Rodrigo Uprimny Yepes [en línea]. Bogotá, D.C.: 2004 [consultada el 25 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-698-04.htm>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial, No. 1, 12 de febrero de 1887. M.P. Jorge Arango Mejía. 1.P.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia SC no.072. Expediente #4821. (24, agosto, 1998). M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de casación exp. 1998-00358. (5, julio, 2007). M.P. Manuel Isidro Ardila Velázquez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia STC3817-2015. (6, abril, 2015). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia SC 10304-2014. (5, agosto, 2014). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia SC-107-2008. (5, diciembre, 2008). M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 23 de agosto de 1891. Gaceta Judicial VI, publicada el 28 de octubre de 1891. P. 282.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2040-2017. Radicación no. 47442. (16, febrero, 2017). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP3120-2018. (1, agosto de 2018). M.P. Eyder Patiño Cabrera.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia. Radicado no. 36373. (6, junio, 2012). M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de Revisión SP2395-2017. Radicación no. 47143 (22, febrero, 2017). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de revisión SP4393-2018. Radicación n° 53142. (10, octubre, 2018). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP3535-2018. Radicación n° 51996. (22, agosto, 2018). M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1. (2, enero, 1984). Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Bogotá: Diario Oficial. 1984. No. 36.439.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1400. (21, septiembre, 1970). Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil. Bogotá. 1970. Diario Oficial No. 33.150.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2067. (4, septiembre, 1991). Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la corte constitucional. Bogotá: Diario Oficial. 1991. No. 40.012.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2304. (07, octubre, 1989). Bogotá: Diario Oficial. 1989. No. 39.013.

COLOMBIA. SENADO DE PLENIPOTENCIARIOS. Ley 84 (26, mayo. 1873) Código Civil De Los Estados Unidos De Colombia. Diario Oficial N.7019.

CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. La tutela contra sentencias judiciales. El caso de Colombia. En: *Revista Tutela Acciones populares y de cumplimiento*. Bogotá: Legis, mayo, 2007, Tomo VIII, no. 89.

CORSALE, Massimo. *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè. 1979, 40. PP y ss.

CORTÉS, Édgar. *Fluidez y Certeza del Derecho. ¿Hacia un Sistema Abierto de Fuentes?* En: RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A. *El Derecho en el Contexto de la Globalización*. 1 ed. primera reimpresión. Bogotá, D.C. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Deplama, 1979. 70 P.

CRIADO ROCHA, Janneth Adriana. “*El precedente judicial en Colombia y sus referencias teóricas en el Sistema Jurídico del Common Law*”. Trabajo de grado para optar al título de abogada. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2007.

CROSS Rupert y HARRIS J. W. *El precedente en el derecho inglés*. 3 ed. Trad. de Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2001.

CUENCA, Humberto. *Curso de casación civil*. Venezuela: Universidad Central de Venezuela, 1980. 29-30 P.

CUETO RÚA, Julio César. *El Common Law*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. 89 P.

CHAMBERLAIN. *The doctrine of stare decisis as applied to decisions of constitutional questions, Harvard Law Review*, 1889.
D’ORS, Álvaro. *Una introducción al estudio del derecho*. 3ª ed. Madrid: Ediciones Rialp, 1977. 31 P.

DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. 2ª ed. Madrid: Aguilar. 42 P.

DE LA PLAZA, Manuel. *La Casación Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944. 514 P.

DE LA RUA, Fernando. *El Recurso de Casación*. Buenos Aires: Víctor de Zavalía Editor, 1968.

DE LA VEGA, Carlos. *Derecho judicial español*. Madrid: Universidad Carlos Tercero de Madrid Editorial Edijus, 1997. 114 P.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ed. Ariel, 1995.

DE SILVA, Carlos. El acto jurisdiccional [en línea]. En: *Isonomía*. Universidad de Alicante, octubre de 2004, No. 21, 157-191. PP. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/Buscar.html?texto=precedente+judicial>

DELGADO CASTRO, Jordi. La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea]. n. 33 Valparaíso, Chile: diciembre 2009, 345 – 367 PP. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200009>

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo III. Bogotá: Editorial ABC, 1977.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva”. *INDRET* 1/2013 (www.indret.com)

DORF, Michael. *Dicta and Article III* [Dicta y el Artículo tercero]. En: *University of Pensilvania Law Review*, 1997. Vol. 142. 2000 P.

DUJARRIC HART, Marina. *El recurso de Casación*. Ciudad de la Habana. Cuba: Editorial de Ciencias Sociales, 1998. 111 P.

DUQUE SÁNCHEZ, José Ramón. *Manual de Casación Civil*. Caracas: Editorial Sucre, 1977.

DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia, de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. 1 ed. 1988. Segunda reimpresión, 2005. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005. 205 P.

EDWALD. *Droit et histoire, en: Droit, nature, histoire. Iveme Colloque de Association Francaise de Philosophie du Droit*, 1985.129 P.

EHRlich, Eugen. *Libre investigación del Derecho y Ciencia del Derecho Libre*. En *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. *La modulación de sentencias y el poder normativo de la Corte Constitucional*. Monografía. Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

ESCRICHE, Joaquín y Martín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. México: Ed. Cárdenas, 1978. 1131 P.

ESPAÑA. CÓDIGO CIVIL. 20 ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2016. 63-64 P.

ESPAÑA. MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA «BOE». Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. núm. 206, de 25 de julio de 1889 Referencia: BOE-A-1889-4763,12 P.

ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Historia del Derecho Romano*. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. 169 P.

ESTRADA, Alexei Julio. El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001. En: AA.VV. *Anuario de derecho constitucional, Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Eduardo Montealegre Lynett (coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

EVANS, Jim. *Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century*. [Cambio en la doctrina del precedente durante el siglo XIX]. En: GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law, Oxford: Clarendon Press, 1987*. 35-72 PP.

FALCÓN Y TELLA, María José. *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*. Madrid: Marcial Pons, 2012

FAYE, Ernest. *La Cour de Cassation*. París: 1903.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco. Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional. En: *Nueva época*. 2016, n° 3. 27-92 P. ISSN:1698-5583

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: La ley del más Débil*. Roma: Editorial Trotta, 2001. 180 p.

FIERRO MENDEZ, Heliodoro. *Precedente jurisprudencial y labor judicial, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

FIFFOT, C. Lord Mansfield. *Oxford: Law in the Making*. 7ª ed. 1936. 210-219 PP.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Trad. Manuel Martínez Neira. Valladolid: Trotta, 1996. 58 P.

FRANCIA. CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. [en línea]. [consultada el 20 de abril de 2019] Disponible en: https://www.academia.edu/35741110/C%C3%B3digo_civil_franc%C3%A9s._Edici%C3%B3n_biling%C3%BCe?auto=download

FRANCIA. Ley del 1 de abril de 1837 relativa a la autoridad de las sentencias dictadas por el Tribunal de Casación después de dos apelaciones. Disponible en : https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reflexion_reforme_8630/commission_reflexion_8180/motivation_arrets_7856/cour_cassation_32581.html

FRANCIA. Leyes del 16 y 24 de agosto de 1790. Sobre la organización judicial. Disponible en: <http://mafr.fr/fr/article/lois-des-16-et-24-aout-1790-sur-lorganisation-judi/>

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Ed. Porrúa, 1993.

----- . *Introducción al Estudio del derecho*. México: Porrúa, 1982. 51 P.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993. 54- 87 P.

GAVIRIA DIAZ, Carlos. *Un enfoque positivo de la Constitución, en varios, El debate a la Constitución*. Bogotá D.C: ILSA, 2002. 19-28 PP.

GOENAGA, Alberto. *Recurso de Casación*. Bogotá: Casa Tipográfica Fénix, 1962.

GOLDSCHMIDT. *Sentencias Congruentes*. Citado por ARAGONES, Alonso Pedro. Madrid: Aguilar, 1957. p.198.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho*. 5ª ed. Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2011. 137 P.

GÓMEZ ZULUAGA, Alberto León. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los Tribunales Nacionales*. En SILVA ROMERO, Marcel (ed.). *Derribando los obstáculos al derecho laboral*. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2006.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2003. Serie Desc.

GONZÁLEZ, Jorge. *Entre la ley y la constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*. Citado por MANTILLA BLANCO, Sebastián. Pontificia Universidad Javeriana, 2007. 60 P.

GOODHART, Arthur Lehman. "Precedent in English and Continental Law". En: *Law Quartely Review*, Vol. 50, 1934.

----- . *Determining the ratio decidendi of case*.

GOTTHEIL, Julio. *Common Law y Civil Law*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1960. 17 P.

GREENAWALT, Kent. *Reflections on Holding and Dictum* [Restricciones del Holding y Dicta]. En: *Journal of Legal Education*. Septiembre, 1989. Vol. 39, n° 3. 431-442 PP.

GUASTINI, R. *Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Trad. J. F. Beltrán. 1 ed. Barcelona, España: Gedisa, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1996. 202 P.

HALPERIN, Jean Louis. *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Revolution*. París: Librería General de Derecho y de Jurisprudencia, 1987.

HART, Herbert. *El concepto de Derecho*. Trad. G. Carrio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968. 168-164 PP.

HELLER, Hermann. "Supuestos históricos del Estado actual". FCE, p. 142. La justificación del Estado. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. 5 p.

HENAO OROZCO, Rubén Darío. *“Tutela contra sentencias de las altas cortes o choque de vanidades”*. *Prolegómenos, Derechos y Valores*. Bogotá: 2006, Vol. IX no. 17. 129-13 PP.

HERRERA, Anzoategui Blas. *Conferencias de Casación Laboral*.

HERZOG, J.B. *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Supreme en Espagne. Essai sur les conditions de creation du droit par la jurisdiction de cassation*. Toulouse, 1942.

HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. La plata: Librería editora platense S.R.L., 1998.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. 5ta Reimp. México, D.F.: Fontamara, 2004. (Original en inglés, 1913).

HUALDE LÓPEZ, Ibón. Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés. En: *Revista editada por el Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid*. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 9, No. 1, 2017, p. 181. - CDT EISSN: 1989-4570. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3618/2186>

HUXLEY-BINNS, Rebecca y MARTIN, Jacqueline. *Unlocking the English Legal System [Desbloqueando el Sistema Jurídico Ingles]*. 4ª ed. Londres y Nueva York: Roudledge, 2014.

IBÁÑEZ OVIEDO, Gina Piedad. Análisis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en materia laboral. Tesis para aspirar a grado de abogada. Universidad de la Sabana, 1989. 206 P.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. La fuerza vinculante del precedente judicial. En: *Isegoría No. 35*, (Julio- diciembre- 2006).

IHERING, Rudolf Von. *El fin en el Derecho*. Trad. D. Abad de Santillán. Granada: Comares, 2000. 299 y ss P.

----- *La jurisprudencia de conceptos en Casanovas*. En PAPEU Y MORESO, José Juan (comp.). *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Grijalbo, 1994. Nota 6. 257 P.

------. *La jurisprudencia en broma y en serio*. Madrid: Editorial de la Revista de Derecho Privado, 1933. 252 P.

------. *La lucha por el derecho*. Madrid: Civitas, 1989.

------. *La posesión, teoría simplificada en tres estudios jurídicos*. Trad. Adolfo González Posada. Buenos Aires: Ed. Omeba, 1960. 212 P.

INSTITUTIONUM D. IUSTINIANI. Liber primus. *De la instituta del señor Justiniano*, Tit. I, 3. De iustitia et iure, p. 5. Tomado del Cuerpo del Derecho Civil Romano, primera parte Instituta-Digesto, Trad. D. Ildefonso L. García Del Corral. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889.

ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente judicial en el Common Law*. 1 ed. Madrid, España: Editorial Civitas, 1995.

JIMÉNEZ DIAZ, Ernesto. *De los recursos en la reforma al Código Procesal Laboral, en Autores Varios, Reforma al Procedimiento Laboral, Ley 712 de 2001*. Comentarios de la Comisión Redactora. Bogotá: Edit. Legis, 2002.

JINESTA LOBO, Ernesto. Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2007, No. 20071. 227- 242 PP. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=dconstla&n=20071>

KANTOROWICZ, Herman. *La lucha por la Ciencia del Derecho*. En la ciencia del Derecho. Trad. Goldschmidt, W. Buenos Aires: Losada, 1949.

KEENAN, Dennis. *English Law*. 9 ed. Londres: Pitman, 1989.

KELSEN, Hans. *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Zaragoza: Editorial Reus, 2009. 69-70 P.

------. *Teoría General del Estado*. 2da ed. Trad. L. L. Lacambra. México, D.F., México: Guayacán, 2005. (Original en alemán, 1945).

------. *Teoría general del Estado*. Trad. Legaz y Lecambra. México: Ed. Nacional, 1979. 142 P.

----- . *Teoría Pura del Derecho*. 16 Ed. Trad. M. Nilve. Buenos Aires: Eudeba, 1979. (Original en alemán, 1960).

----- . *Teoría Pura del Derecho*. Trad. de Roberto J. Vernengo de la edición alemana de 1960. México: Edit. Porrúa, 1995.

----- . *Teoría pura del Derecho*. Trad. Roberto Vernengo. 4ª ed. México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1981.

KIRCHMANN, J. H. Von. *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid: Colección Civitas, 1949.

LAGOS, Luis. *El Recurso Extraordinario de Casación Laboral y la Constitución de 1991*. 1 ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1993.

LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier. *Vindicación del precedente judicial en España*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1997, n° 1. 267-278 PP.

LARA MARÍN, Ricardo. El concepto de la jurisprudencia en Francisco Suárez y Hans Kelsen. En: *Revista en el arcervo BVJ* [en línea]. México: UNAM. P. 685. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11425/10472>

LASTRA LASTRA, José Manuel. *Fundamentos de derecho*. México: McGraw-Hill, 1994. 42-43 P.

LEGA, Jact. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XVII. Buenos Aires: Ed. Driskill, 1982. 630 P.

LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del “*Stare Decisis*”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Santiago: abril de 2006, Vol. 33, No. 1. 109-214 PP. versión Online ISSN 0718-3437.

LEGAZ Y LACAMBRA, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch Editores, 1979. 345 P.

LEGISLATIVE ATTORNEY. *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent* [Las modificaciones del Precedente Constitucional de la Corte Suprema] Washington: Congressional Research Service, 2018. 2 P.

LEVI, Edward H. *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires Eudeba, 1964.

LINDSAY, Justice Geoff. *Historical Foundations of Australian Law. [Bases Históricas de la Ley Australiana]* En: WATSON, James. *Building a Nation. The Doctrine of Precedent in Australian Legal History. [Construyendo una Nación. La Doctrina del Precedente en la Historia Legal de Australia]* Vol. 1. Sidney: Federation Press, 2003. 267-296 PP.

LINDSAY, Justice Geoff. *The "Doctrine of Precedent" in Australian Legal History*. The University of Sydney, 2017.

LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. *Bloque de Constitucionalidad*. 1 ed. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica, 2010. 303 P.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. 2 ed. Sexta reimpresión. Bogotá: Legis, 2008.

----- . *El derecho de los jueces*. Bogotá: Ediciones Legis y Uniandes, 2000.

----- . *Interpretación constitucional*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2006.

----- . *Jurisprudencia como fuente del derecho. Visión histórica y comparada*. En: *Umbral revista de Derecho Constitucional*. Quito: Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional, 2011. 27-30 PP.

----- y GORDILLO, Roberto. *Consideraciones posteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia. El Impacto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la creación y el desarrollo del derecho*. En: *Revista de Derecho Público*. No. 15, Bogotá D.C.: Konrad Adenauer Stiftung y Ediciones Uniandes. Facultad de Derecho. diciembre de 2002. 207 P.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús. *Sistema jurídico del Common Law*. México: Porrúa, 1999.

LÓPEZ STERUP, Henrik. *El precedente judicial: elemento ineludible en el estado de derecho*. En: *revista Tutela*. Edit. Legis: febrero de 2009. Tomo 11, no 14.

LÓPEZ, Hernán. *Instituciones de derecho procesal Civil Colombiano*. 6 ed. Bogotá: Editorial ABC., 1993. 884 P.

----- . *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis. 2006.

LOWENSTEIN, Siegfried. *Interposición y Fundamentación de la Casación en Materia Penal*. Traducción de José Manuel y Ricardo Núñez. Córdoba, Argentina: Editorial Assandri, 1953. 147 P.

LUNA BISBAL, Mauricio. *Causales de Casación Penal*. Bogotá D. C.: Ediciones Rosaristas, 1978. 288 P.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

MACCORMIK, D. Neil y S. SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedent, A comparative study, published by Dartmouth Publishing Company Limited, Aldershot*. England, 1997.

MARGADANT, Guillermo F., SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo y LEÓN ZAVALA, Fernando. *Los sistemas jurídicos contemporáneos*. México: UNAM, 1996.

MARINONI, Luiz y MITIDERO, Daniel. *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons. 206 P.

MARINONI, Luiz. "Del Tribunal que declara el "sentido exacto de la ley" al tribunal que sienta precedentes". En: TARUFFO, Michele, 2016.

MARTINEZ CINCA, Carlos Diego. ¿Cómo decidir los "casos difíciles"? Del giro pragmático de la jurisprudencia al consecuencialismo. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso: diciembre de 2014. No. 43. 703-730 PP.

MARX, Karl y ENGELS, Friedrich. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Trad. Editorial el Progreso. Tomo III. Moscú: Ed. Progreso, 1976. 343-348 PP.

MATTEI, Uggo. *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America* [*Stare Decisis. El valor del precedente judicial en los Estados Unidos de América*]. Milán: Giuffrè Editore, 1988. 288 P.

MEDELLÍN, Carlos. *Lecciones de derecho romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1980. 2 P.

----- y GUZMAN, Natalia. La Corte Constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica. En: *Pensamiento Jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Unibiblos, No. 15, 2002.

----- y GALINDO POBLADOR, Carolina. *La Tercera Corte Constitucional, Tensiones y Desplazamientos en Jairo Estrada (ed) Intelectuales, Tecnócratas y Reformas neoliberales en América Latina*. Bogotá, D.C.: Universidad Nacional de Colombia, 2005.

----- . *El origen constituyente de la crisis política en Colombia*. En: *La Crisis Política Colombiana*. Bogotá: Uniandes, 2002.

----- . *La Crisis Política Colombiana*. El origen constituyente de la crisis política en Colombia, en Ann Mason & Luis Javier Orjuela (eds). Bogotá: Uniandes, Departamento de Ciencia Política, 2003.

----- . *Tribunal Constitucional, Desobediencia Civil y Democracia Deliberativa*. En: Andrés Hernández (comp.) *Republicanism contemporáneo*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre editores, 2002.

MENÉNDEZ PIDAL.J. y MONTES, J. Sobre la motivación de las resoluciones judiciales. En: *Revista de Derecho Procesal*, 1953. 12 P.

MERRYMAN, John Henry y PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: an introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America, California*. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007. 34-38 PP.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

MÉXICO. CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS MEXICANOS. Se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2, abril,2013). [en línea] [consultado el 20 de

abril de 2019]. Disponible en:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf

MOLINER, María. *Diccionario de uso del español*. 4 ed. Madrid: Gredos, 2016. P 925.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coordinador). *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Primera edición. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. 63-74 P.

MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid: Tecnos, 1995.

MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

MORALES, Hernando. *Curso de derecho procesal civil*. Parte especial. 9 Ed. Bogotá: Editorial ABC., 1987.

------. *Técnica de Casación Civil*. 2 ed. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1983. 225 P.

MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. *Derecho Romano, Colección. Colección Textos Jurídicos Universitarios*. Profesores Titulares por Oposición. Facultad de Derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México: Ed. Harla, 1987. 15-16 P.

MORÓN, Manuel. *La Nueva Casación Civil*. Madrid: Editorial Colex. Constitución y leyes, 2001. 230 P.

MURCIA BALLÉN, Humberto. *Recurso de Casación Civil*. 6 ed. Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999. 693 P.

NEUMANN, Richard K. *Legal reasoning and legal writing, New York, Aspen Law and Business*, 2001.

NIETO, Alejandro. *Ponencia: La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Estudios de Derecho Judicial 34-2001*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. 112 P.

NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: Universidad Autónoma de México, 1989. 27 P.

NISIMBLAT, Nattan. *Código General Del Proceso Derecho Probatorio: Introducción a los medios de prueba en particular principios y técnicas de oralidad*. Bogotá, D.C.: Doctrina y Ley, 2014. 48 P.

NOGUERA LABORDE, Rodrigo. *Introducción general al derecho*. Vol. II. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1994. 44 P.

NÚÑEZ LEYVA, José Ignacio. El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy en distintas teorías del derecho, incluso en el constitucionalismo contemporáneo [en línea]. En: *Revista de Derecho, Universidad Finis Terrae*, Chile. Número 42. julio-diciembre de 2014. ISSN electrónico 2145-9355, ISSN impreso 0121-8697. En: *Revista de Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla*, 2014. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.42.5734>.

OBANDO GARRIDO, José María. *Tratado de Derecho Administrativo Laboral*. 2 ed. Bogotá: ediciones doctrina y ley, y ediciones Tunvimor, 2005.

OJEDA, Ojeda, Juan Carlos. “*Análisis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en materia laboral*”. Tesis para optar por el título de abogado. Universidad de la Sabana, 2003.

OLLERO, Andrés. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. 2 ed. aumentada y actualizada. Madrid: 2005.

ORJUELA GONGORA, Carlos. “¿Tutela contra providencias judiciales?”. En: *Revista Tutela Acciones populares y de cumplimiento*. Bogotá: Editorial Legis, Tomo VIII, No.90, 2007. 994-1000 PP.

ORJUELA, Luis Javier. *La crisis política colombiana*. Colombia: dos proyectos de sociedad enfrentados. MASON, Ann y ORJUELA, Luis Javier, (eds). Bogotá: Universidad de los Andes, CESO, Fundación Ángel Escobar, 2003.

ORTIZ, Luis Ernesto. “*El principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho laboral*”. Tesis de Especialización en Instituciones Jurídico-Procesales. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2002.

ORTÚZAR LATAPIAT, Waldo. *Las Causales del Recurso de Casación en el Fondo en Materia Penal*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1958. 527 P.

PABÓN, Germán. *De la Casación y de la Revisión en materia penal. En el Estado Social y Democrático de Derecho*. Bogotá, D. C.: Ediciones Doctrina y Ley, 1999.

PACHECO, Máximo. *Teoría del derecho*. 4ª ed. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1990. 387 P.

PARRA, María Victoria. El precedente Judicial en el Derecho comparado. En: *Criterio jurídico*. Santiago de Cali. Vol. 4, 2004.

PARRA, Oscar. *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo. Serie Desc, 2003.

PERELMAN, Chaim. *El imperio retórico, Retórica y Argumentación*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2007.

PEREZ VIVES, Álvaro. *Recurso de casación en materias Civil, Penal y del Trabajo*. Bogotá: Editorial Temis, 1966, Libro tercero, capítulo único. 209 P.

PINILLA CAMPOS, Ernesto. *Condiciones sociales y culturales para la enseñanza del derecho, en Autores Varios, La Enseñanza del Derecho Laboral Hoy, Retos y Perspectivas*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Memorias del Encuentro Académico Nacional de Profesores de Derecho Laboral, 1995.

PINILLA CAMPOS, Ernesto. Es viable el estado social de derecho en la sociedad colombiana. En: *Pensamiento Jurídico No 15*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. 39 ed. México: Ed. Porrúa, 2005.

POSNER, Richard. *The Meaning of Judicial Self-Restraint* [El significado del autocontrol judicial]. En: *Indiana L Law Journal*. Vol. 59, nº1, 1983.

POUND, Roscoe. *Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law*, 7 *Tulane Law Review* 477 (1993), citado y traducido por LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis, 2000. 145 P.

----- . *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Traducción y estudio preliminar por José Puig Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1950. 202- 203 P.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. 3ª ed. Madrid: Trotta, 2008. 214-217 P.

QUINCHE, Manuel. *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. Colección textos de jurisprudencia. 3 ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.

----- . *La elusión constitucional, una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Colección Textos de Jurisprudencia. 2 ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Reim. 1955. 1ra. Ed. 1951. México: Fondo de Cultura Económica, 1955. 69-71 P.

RAE. *Diccionario esencial de la lengua española*. 22 ed. Madrid: Espasa Calpe, 2006.

RAM, James. *The science of Legal Judgment* [La ciencia del juicio legal]. 2ª ed. 1834.

RAWLS, John. *Ideas fundamentales en La Justicia como Equidad: Una Reformulación*. Barcelona: Paidós, 2002.

RAZ, Joseph. *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Traducción de Hernán Bouvier, Pablo Navarro y Rodrigo Sánchez Brígido. Madrid: Marcial Pons, 2013. 19-20 P.

RECASENS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 3ª ed. México: Ed. Porrúa, 1980. 57 P.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*, Compilación. 2 ed. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1995.

RIVAROLA, Mario. *El Problema de la Casación en la Justicia Argentina*. Buenos Aires, 1948.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho*. En: *Revista de Administración Pública*, 2002, n° 157. 89-118 PP.

ROCCO, Hugo. *Sentencias Congruentes*. Citado por ARAGONES, Alonso Pedro. Madrid: Aguilar, 1957. 197 P.

RODRIGUEZ, Gregorio. *Curso de derecho procesal laboral*. Bogotá D.C: Ediciones Librería del Profesional, 2001.

RODRIGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. 13 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Traducción de J. Carrier. Barcelona: Ed comunicación, 1994. 63 P.

SÁNCHEZ, José Marcos y RODRÍGUEZ, Eduardo. *Manual para la defensa de la Libertad Sindical*. 2 ed. revisada. Perú: Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Serie G. Estudios Doctrinales, 1988, No. 110.

SARMIENTO, Juan Pablo. La Jurisdicción Constitucional en Francia, De la Aparente Excepción Europea al Fin De La Singularidad Francesa [en línea]. En: *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, agosto, 2016 vol. 43, núm. 2. p. 478. Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177048407005>

SCHANCK, Peter. *Taking Up Barkan's Challenge* [Asumiendo el reto de Barkan] En: *Looking at the Judicial Process and Legal Research*. 1990. Vol. 82. 1-5 PP.

SEN, Amartya. *La idea de la Justicia*. Traducción de VALENCIA VILLA, Hernando. Bogotá: Editorial Taurus, 2010.

SENTÍAS, César. *Tratado Práctico del Recurso de Casación*. Barcelona: Editorial Nereo, 1963. 651 P.

SERRANO, Antonio. *Dogmática jurídica y análisis sociológico: El Derecho histórico de la doctrina legal*. 1 ed. Alicante: Ediciones Doxa, 1991. 173-199 P.

SHAVELL, Steven. "The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System", *Journal of Legal Studies*, 1997, Vol. 26, nº 2. 575–612 PP.

SHIHATA, Ibrahim, “*Legal Framework for Development. The Role of the WB in Legal and Judicial Reform*”. DAKOLIAS, Maria, Editora. *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform. World Bank Technical Paper*. Washington, 1996, n° 319. 13 P.

SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencias 2ª./J 38/2002 y P.J./38/2002 Sobre el valor vinculante de los criterios jurisprudenciales de inconstitucionalidad de las leyes de la SCJN. En: *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 10, enero – junio de 2004 291- 302 PP. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=cconst&n=1>

SILVA, Marcel Silva. *Proyección de un siglo de derecho laboral colectivo en Colombia, Flujos y Reflujos*. 3 ed. Sede Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo y VILLANUEVA COLÍN, Margarita. *Sistemas jurídicos contemporáneos*. México: Harla, 1996.

SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. En: *Isonomía No. 21*, Universidad de Alicante, octubre de 2004. 217- 251 PP. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/Buscar.html?texto=precedente+judicial>

SOLÍS RODRÍGUEZ, Javier. *La jurisprudencia en las tradiciones jurídicas. En la obra Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Procesal*. México: Universidad Autónoma de México. 2005. 327 P. Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [consultado el 19 de marzo de 2019]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1624/15.pdf>

STARGER Colin. *The Dialectic of Stare Decisis Doctrine*. [La dialéctica de la doctrina del Stare Decisis] En: PETERS Christopher. *Precedent in the United States Supreme Court. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. [Precedente en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Derecho de Gentes: Perspectivas comparativas en Derecho y Justicia]. Vol. 33. 2013. 19-45 P.

STEVENS, Robert. *Law and Politics: The House of Lords as a Judicial Body, 1800-1976*. [La Casa de los Lores como un cuerpo judicial, 1800-1976] Londres: Chapel Hill, 1978.

STINSON, Judith M. *Why Dicta Becomes Holding and Why it Matters* [¿Por qué el Dicta se convierte en Holding y por qué importa?]. En: *Brooklyn Law Review*, Vol. 76, n° 5, 2010, pp. 1-50.

TABOADA, Manuel. *Los requisitos de procedibilidad en la casación española*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1980.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Jurisprudencia y formulación judicial del derecho: Los segundos analíticos es un trabajo de Aristóteles sobre el método científico. En: *Isonomía, Revista de Teoría y filosofía del Derecho*. México: UNAM. octubre de 2004, no. 21. 201 P.

TARUFFO, Michael. Jurisprudencia y precedente. Trad. del italiano al castellano por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini. Precedente. *Revista Jurídica, de la Universidad ICESI* [en línea]. Cali: Ed. Universidad ICESI, 2007. p. 86-99. ISSN 1657-6535. Disponible en: <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>

----- *El vértice ambiguo- ensayos sobre la casación civil*. Traducción de Juan J. Monroy Palacios, Juan F. Monroy Gálves. Lima: Palestra Editores, 2006. 226 P.

----- Precedente e jurisprudencia. Nápoles: Revista jurídica, 2007.

TOBON RODRIGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. 2 ed. Bogotá: Ed. jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. *Teoría y técnica de la Casación*. 2da ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2008. Introducción 3-10 P.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. 10 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. 382 P.

TORRES ZÁRATE, Fermín. La Jurisprudencia, su evolución. En: *Alegatos. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*. México: mayo/agosto de 2009, núm. 72.161 P.

TORRES, Jorge E. y PUYANA MUTIS, Guillermo. *Manual del Recurso de Casación en Materia Penal*. Medellín: Proditécnicas, 1989. 186 P.

TREVES, Renato. *Introducción a la Sociología del derecho*. Madrid: Ed. Taurus, 1977, p. 59.

UNIÓN SOVIÉTICA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA URSS DE 1936. [en línea]. Traducción Gazte Komunistak de Euskadi, 2004. Editada por Marxists Internet

Archive, enero de 2005. Disponible en:
<https://www.marxists.org/espanol/tematica/histsov/constitucion1936.htm>

UPRIMNY, Rodrigo, BORRERO, Camilo y ROJAS, Danilo, (et. la). La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En: *Pensamiento Jurídico No 15*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.

----- y RODRÍGUEZ, Andrés Abel, *Interpretación Judicial*. 2 ed. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Universidad Nacional de Colombia, 2006.

----- y *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. P. 34. https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf.

----- *El Bloque de Constitucionalidad*. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal [en línea]. Disponible en: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=72

VALENCIA, Hernán. *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. 4ª ed. Medellín: Comlibros, 2007; también editada en Bogotá, 2da edición, Temis, 1999.

VALLARTA, Ignacio Luis. *"El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus. Ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales"*. 4º ed. México: Porrúa, 1989. 319 y ss p.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*. Madrid: Montecorvo, 1982.

VÁSQUEZ SOTELO. *La Casación Civil*, Ediser. Barcelona: 1979.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO PENAL: Prevaricato por incumplimiento del precedente jurisprudencial. En: *Cuadernos de Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, junio. 2013 P. 155. ISSN: 2027-1743

VESCOVI, Enrique. *La Casación Civil*. Montevideo: Ediciones IDEA, 1979.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964. 127 P.

VILLANOVA, José. *Introducción al derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: ed. Abeledo Perrot, 1986, 265 P.

VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral. Principios, estructura y relaciones individuales*. 5 ed. Tomo I. Bogotá: Editorial Legis, 2003.

WALKER, John Jr. *The Role of Precedent in the United States: How Do Precedents Lose Their Binding Effect?* [El rol del Precedente en los Estados Unidos: ¿Cómo pierden su efecto vinculante los precedentes?]. En: *Stanford Law School China Guiding Cases Project*, febrero, 2016. 2 P. [Citado 13 marzo 2019]. Disponible en: <http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/15-John-Walker>.

WEBER, Max. “*La política como vocación*”, en su libro *El político y el científico*,. Trad. F. Rubio Llorente. 5ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 1979. P 92.

XIOL RÍOS, José Antonio. “*El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional*”. En: Poder Judicial, n° 3, 1982. 25-40 PP.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Ed. Trotta, 1997, 21 P.

ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo. *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. México: Porrúa, 1990.

ZULETA ÁNGEL, Eduardo. *Conferencias de Casación*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, 1936.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law* [Introducción al Derecho Comparado]. Trad. WEIR, T. 3ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1998.

ZYWICKI, Todd. “*The Rise and the Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis*”, *Northwestern University Law Review*. 2003, Vol. 97, n° 4. 1551-1633 PP.