

UNIVERSIDAD SIMION BOLIVAR

ANTEPROYECTO

EFICIENCIA DEL PRECEDENTE JUDICIAL A NIVEL DE LOS JUECES
LABORALES DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA EN EL INTERREGNO 2018-
2019

Acosta Amador Arturo Rafael

Mosquera Rentería Mauricio

Estudiantes: segundo semestre de especialización en derecho laboral y seguridad social

E-mail de contacto: aalatres@gmail.com mauriciomosque10@gmail.com

Teléfonos de contacto: 3136013294 – 3106038451

Tutor: Dr. Jairo Antonio Enamorado Estrada

Grupo de investigación y línea: especialización en derecho laboral y seguridad social

Barranquilla, atlántico.

Colombia.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCION.....	3
2. TITULO DEL ANTEPROYECTO.....	4
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4-5
4. FORMULACION DE LA PREGUNTA PROBLEMA.....	5
5. JUSTIFICACION.....	6-7
6. OBEJTIVOS.....	7
6.1 OBJETIVO GENERAL.....	7
6.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	7
7. METODOLOGÍA (TIPO DE INVESTIGACIÓN, PARADIGMA, ENFOQUE, POBLACIÓN Y FUENTES).....	7-8
8. MARCO HISTORICO	8
8.1 ANTECEDENTES INTERNACIONALES	8-9
8.2 ANTECEDENTES NACIONALES	9-31
9. MARCO CONCEPTUAL.....	31-34
10. MARCO TEORICO.....	34-38
11. MARCO LEGAL.....	38
11.1 MARCO LEGAL INTERNACIONAL	38-39
11.2 MARCO LEGAL NACIONAL.....	40-43
12. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	44-47

1. INTRODUCCION

La imperatividad de la ley exegética y literal así como la de la obligación del juez de ceñirse solo de ella, se ha ido renovando al punto de transfigurarse con la entrada en vigencia de la Carta Magna de 1991, donde se plasma como características esenciales y notorias, la denominación de Estado social de derecho; la inclusión de derechos de primera, segunda y tercera generación; el establecimiento de principios; la defensa de la dignidad humana; la adecuación de mecanismos de defensa y la creación de la jurisdicción constitucional de donde surge la jurisprudencia más extensa del Estado con fuerza vinculante. Todo esto por ser la Corte Constitucional la que tiene como función, salvaguardar la carta magna; crear sentencias con valor normativo, jurisprudencial y con fuerza vinculante, generando la obligatoriedad del precedente judicial. Sin embargo, las decisiones de los otros órganos de cierre como lo son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura de igual forma también tienen carácter vinculante, lo que significa que se pasa de ser un derecho amplia y exclusivamente legislado a un derecho judicial, fundado en los precedentes judiciales.

Todo lo anterior inquieta a los estudiosos del derecho reflexionar acerca de la eficiencia del precedente judicial a nivel de los jueces laborales del distrito de Barranquilla en el interregno 2018 -2019, por cuanto son visibles las múltiples fallas que brotan del funcionamiento estatal a través de su rama legislativa y que si bien es cierto su parte jurisdiccional entra a cubrir cumpliendo su función no auxiliar sino obligatoria.

Ahora bien corresponde a los jueces la aplicación de los precedentes judiciales acorde a ley con el fin de no fallar fura de justicia por vacíos legislativos y tener el precedente como una herramienta obligatoria útil y necesaria para la administración de justicia.

2. TÍTULO DEL ANTEPROYECTO: Eficiencia del precedente judicial a nivel de los Jueces Laborales del Circuito de Barranquilla en el interregno 2018-2019

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El ordenamiento jurídico colombiano se ha caracterizado desde sus albores por ser un sistema fundado bajo preceptos internacionales que han sido adoptados como propios, en el caso del sistema judicial colombiano remonta sus bases al Derecho continental Europeo de los siglos XIX y XX en donde la ley elaborada por el legislativo tiene primacía y preponderancia en la impartición de justicia, ubicando a la administración de justicia colombiana bajo un sistema positivista y exegético en la interpretación y aplicación de la norma.

Cuando se estudia y analiza el artículo 230 constitucional, que al tenor literal reza: “los jueces en su providencia 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” (Const., 1991, art.230). Si se interpreta de manera literal, se observa que la aplicación de la ley es imperativa, literal y estricta y que la jurisprudencia y con ello los precedentes sólo servirían como criterios auxiliares hermenéuticos.

Con la creación de la Constitución Política Nacional de 1991 y con ello la aparición de la Corte Constitucional como entidad judicial encargada de velar por la integridad y supremacía de la constitución en virtud del Artículo 241 constitucional, la imperatividad, literalidad y exegetividad de la ley creada por el congreso de la república empieza a verse permeada por las decisiones de la corte constitucional y demás órganos de cierre, en casos que el legislativo no había regulado es decir presentaban vacíos jurídicos.

Dicho lo anterior la aplicación imperativa de la ley literal y exegética, como la plasma el artículo 230 constitucional empieza a verse tergiversada por la aplicación de los precedentes judiciales que los órganos de cierre en especial la Corte Constitucional emitían, en el año de 1993, la Corte Constitucional por primera vez introdujo la interpretación actual del artículo 230, y habló del imperio de la ley como todo el orden jurídico, incluyendo las normas constitucionales y legales, el precedente del intérprete autorizado y máximo de la Carta, lo

cual garantiza el mandato constitucional de un orden justo (Corte Constitucional, Sentencia C-486, 1993).

Posterior a ello en la sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional afirma la importancia de la obligatoriedad del precedente judicial y la doctrina probable y los medios en que el ejecutor de justicia se puede apartar de ella, lo que coloca hoy día al precedente judicial como obligatorio ratificado por sentencias de la Corte Constitucional como la C - 621 de 2015, SU- 354 de 2017, SU-068 de 2018 y T-109 de 2019

La discusión está planteada y los interrogantes son cada vez mayores. Por ello, en la actualidad es necesario hacer una interpretación integral para concebir que la ley no es exclusivamente la fuente del derecho y que en todas las ramas de este se debe aplicar de manera obligatoria los precedentes judiciales.

Es por ello que nos aqueja la inquietud respecto a que si bien el precedente es obligatorio y ya está reconocido como ello, este ¿se está utilizando de manera eficiente en los distintos juzgados judiciales? específicamente los juzgados laborales del circuito de Barranquilla; y de este modo poder determinar si en virtud del significado de EFICIENCIA dicho precedente está cumpliendo su propósito, es decir, que este teniendo la capacidad para cumplir el efecto deseado.

Lo anterior en mérito que no basta que la ley otorgue las herramientas legales a las instituciones de derecho, sino que en la praxis estas den resultado y aterrizado al plano en materia que cada una de las decisiones emanadas por los distintos órganos judiciales están con soporte jurisprudencial y que se decida con base a ello.

Con base a lo anterior planteado es pertinente formular el siguiente interrogante:

4. FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA PROBLEMA:

¿Cuán es la eficiencia del precedente judicial en las decisiones de los jueces laborales del Circuito de Barranquilla en el interregno 2018 -2019?

5. JUSTIFICACIÓN

Esta propuesta de investigación se desarrolla para dar conocimiento de la realidad jurídica colombiana a partir de su real configuración y aplicación, en específico de la rama laboral. En el ámbito académico esta investigación quiere contribuir al debate que suscita la existencia de la obligatoriedad en la aplicación del precedente judicial, y la eficiente aplicación o no en los distintos fallos emitidos por los juzgados laborales del circuito de Barranquilla.

Es pertinente analizar la eficiencia del precedente judicial en el ordenamiento jurídico colombiano por cuanto son visibles las múltiples fallas que brotan del funcionamiento estatal a través de su rama legislativa y que si bien es cierto su parte jurisdiccional entra a cubrir los vacíos jurídicos que no se han regulado.

Ocasionando con ello un fenómeno que oscila entre la exegitividad de la norma y su literal aplicación en virtud del artículo 230 constitucional, y la aplicación del precedente judicial no como criterio auxiliar si no por el contrario como requisito obligatorio.

Esto da pie originalmente a la contemplación de la materialización de la justicia y a su vez, consecuentemente la incorporación de principios y valores optimizante del Derecho constituyéndose como un cuerpo jurídico constitucionalizado que permite observar la debida obligatoriedad del precedente judicial.

Esta propuesta se visiona con un impacto general pero con más influencia en la comunidad académica - jurídica para con esto desarraigar la obsoleta idea del literalismo exegético y abrir paso a las nuevas nociones actuales que están influenciando a el sistema jurídico colombiano y removiendo las más sólidas bases del derecho legislado y por el contrario abriendo puertas al interpretativismo jurídico

Surge entonces el más grande pilar de la pertinencia de esta propuesta la cual radica en demostrar que tan ligada está la norma jurídica expedida por el legislativo colombiano, con la real y eficiente aplicación en materia de precedentes judiciales.

Cabe resaltar que esta propuesta es necesaria y conveniente toda vez que se puede notar que la información referente a el precedente judicial ha sido estudiada en muchas ramas del

Derecho pero que si bien es cierto en el ámbito laboral así como en el actuar de los que imparten justicia en esta materia ha sido muy poco profundizada y analizada. Por lo que se añade un valor extra a lo que aquí se pretende investigar.

6. OBJETIVOS:

6.1 OBJETIVO GENERAL.

Establecer la eficiencia del precedente judicial en lo jueces laborales del circuito de Barranquilla en el interregno 2018-2019.

6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

*Identificar los precedentes judiciales utilizados por los jueces laborales del circuito de Barranquilla es sus sentencias.

*Examinar sentencia emanadas por los jueces laborales del circuito de Barranquilla, que utilizan el precedente judicial en el espacio temporal 2018- 2019.

*Demostrar la eficiente aplicación o no del precedente judicial en los juzgados laborales del circuito de Barranquilla.

7. METODOLOGÍA (Tipo de investigación, paradigma, enfoque, población y fuentes)

Con la presente propuesta se pretende realizar un anteproyecto de investigación, de tipo DESCRIPTIVO ya que se pretende analizar y explicar los resultados obtenidos en muestras de los fallos de los juzgados laborales del circuito de Barranquilla en cuanto a la eficiente aplicación del precedente judicial, por tal razón el paradigma de investigación es, HISTÓRICO HERMENÉUTICO.

El enfoque de dicha propuesta es MIXTO ya que aparte de analizar los fallos, se tabularan y cuantificaran para determinar la eficiencia del precedente judicial. En cuanto a la población de estudio es DOCUMENTAL debido a que lo que se pretende analizar, estudiar y tabular son fallos emanados por los juzgados laborales del Distrito de Barranquilla.

Para esta propuesta de investigación se utilizarán como apoyo FUENTES SECUNDARIAS concernientes a textos, revistas y artículos para el entendimiento y fortalecimiento del tema, así como la HERRAMIENTA de revisión documental.

8. MARCO HISTÓRICO (ANTECEDENTES INTERNACIONALES, NACIONALES Y LOCALES)

8.1 ANTECEDENTES INTERNACIONALES

El alcance del precedente judicial se materializa en la doctrina del stare decisis, que se podría definir, siguiendo a Kokourek & Koven (1935), de la siguiente forma:

Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de Derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad o precedente obligatorio para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión. (p. 68)

En los países de tradición anglosajona, donde no existe esa costumbre de legislarlo todo, la interpretación que dan los jueces al Derecho y a las leyes es la mayor fuente creadora de normas y principios jurídicos. A pesar de ello, el Derecho legislado (statutory law) también tiene un papel importante, pero no es tan abundante como en los países de tradición romano-germánica.

Sureda, (2007) afirma,

No todos los casos ni todas las decisiones judiciales (judgments o decisions) crean Derecho. Son las decisiones dictadas en los procesos judiciales más relevantes, llamados leading cases en el Reino Unido y landmark cases en los Estados Unidos, las que crean los precedentes. Dichos procesos (cases) son aquellos que tratan asuntos de una especial relevancia jurídica y se presentan, normalmente, ante los tribunales superiores (p. 52).

El precedente judicial desde sus inicios en los tribunales anglosajones se compone de varias partes, estas son:

Reasons: es el razonamiento jurídico, la explicación o los motivos que han llevado al tribunal a adoptar dicha decisión.

Ratio decidendi: son los fundamentos de la decisión. Ésta sería la parte de la sentencia que crea el precedente.

Obiter dictum: son observaciones incidentales sobre otras cuestiones distintas al motivo principal de la sentencia (Anglosajones, 2013).

Ahora bien el sistema y el Derecho inglés son jurisprudenciales. Para los ingleses lo fundamental es el "case law" (ley del caso) derivada de las decisiones de los tribunales superiores. La norma jurídica inglesa sólo es posible entenderla en todo su alcance cuando se conocen todos los elementos del litigio, diferente a la norma jurídica francesa que es formulada por la doctrina y la legislación y que es susceptible de dirigir la conducta de los ciudadanos en la generalidad de los casos, sin relación sustancial con un litigio en particular.

8.2 ANTECEDENTES NACIONALES

En la historia del derecho siempre han predominado dos corrientes el formalismo y el antiformalismo jurídico, la primera corriente imperó durante los siglos XVIII y XIX, aunque aún haya características propias de esta siendo practicadas por muchos intérpretes del derecho en la actualidad, la segunda corriente por su parte surge o tiene un mayor auge en el siglo XX.

La corriente formalista del derecho es aquella que le da preponderancia a la ley, el antiformalismo surge como una corriente opuesta, debido a que se le daría mayor importancia a otras fuentes como los Principios, Derechos Fundamentales, la Costumbre, el Precedente y la Jurisprudencia.

El ordenamiento jurídico de nuestro país por antonomasia ha estado inserto en las más puras corrientes del Derecho Romano y Revolucionario Francés. La tradición nos indica que en vez de derecho oral-consuetudinario existía un modelo rígido, formalista y escrito en el que la labor del Juez no era la de crear normas o sentar precedentes, sino fallar de conformidad con el texto legal, utilizando la jurisprudencia como un mero elemento auxiliar.

En el Sistema Romano-Germánico las decisiones del juez estaban sometidas enteramente al Imperio de la Ley y por lo tanto, la interpretación natural que debía hacer el fallador frente al texto legal se reducía a aclarar las confusiones y los vacíos legales.

“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas” (Ley 57,1873, art. 17). Lo enunciado anteriormente, demuestra el dominio del Sistema Francés en Colombia, y el fuerte apego que existía a la Ley para la toma de decisiones y el actuar jurisdiccional.

De acuerdo con el escrito de Bernal, C., ([2008] ^a): la ley era la única que tenía fuerza vinculante y por ende el juez debía su decisión únicamente a ella, esto era propio del el estado de derecho o sistema de derecho continental, en el mencionado sistema la jurisprudencia solo se le atribuía un carácter de criterio auxiliar.

Estas particularidades propias del sistema de derecho continental fueron adoptadas en Colombia en el aún vigente código civil de 1873, que da a entender en palabras de Bernal, C., ([2008] ^b) que:

La jurisprudencia sólo orienta para decidir casos cuya solución no aparezca con claridad en la ley, Por consiguiente, la jurisprudencia debería ser sólo una fuente supletoria, cuya eficacia debería estar condicionada a la existencia de problemas hermenéuticos de oscuridad de la disposición legal, falta de coherencia entre disposiciones de igual jerarquía o falta de plenitud del orden normativo (p. 10).

Durante la supremacía de la Constitución de 1886, la jurisprudencia en Colombia no suscitaba un protagonismo y no constituía una vinculación obligante a los jueces de la República, quienes podían libremente apartarse de ella en el momento de fallar, sin embargo tuvo un carácter extensivo cuando adquirió la calidad de orientadora para los jueces con la debida competencia del caso en concreto que propugnaba.

Bajo la defensa de la extinta y antigua Constitución de 1886 el sistema jurídico se acomodaba en el más clásico formalismo del Derecho Latino, que ofrecía una trascendencia meramente instrumental de las jurisprudencias.

Las condiciones de la constitución de 1886 y el paso a una nueva carta política establecida por la asamblea nacional constituyente de 1991, es apreciable ver como la tendencia de aplicación dentro del ordenamiento ha cambiado parcialmente, debido a que se encuentra en ese proceso de transformación y adaptación del nuevo sistema, es decir se preconiza de manera sutil una corriente anti formalista.

Toda esta situación del imperio de la ley y de la figura pasiva del juez cambia con la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, donde surge una nueva carta que tiene como principales características, la denominación de Estado Social de Derecho, la Inclusión de Derechos de primera, segunda y tercera generación, el establecimiento de Principios, la defensa de la Dignidad Humana, la adecuación de mecanismos de Defensa y la creación de la jurisdicción constitucional por medio de la Corte Constitucional.

Corte Constitucional de donde surge la Jurisprudencia más extensa del Estado, con fuerza vinculante, es decir, obligatoria para los jueces, autoridades y particulares. Todo esto por ser la Corte la que tiene como función salvaguardar la Constitución, y al ser esta Norma de Normas, con supremacía sobre las demás; surge en sus sentencias el valor normativo, el valor jurisprudencial y la fuerza vinculante.

Dentro del nuevo orden jurídico nacional, implementado por la Carta Magna de 1991 el derecho sufrió una serie de variaciones por los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional quien en virtud de la potestad de guardián supremo de la constitución ha venido redefiniendo el contenido de algunas determinaciones incluso llegando a suplantar en muchos casos al legislativo.

Este Alto Tribunal, mediante un sin número de sentencias modificó el articulado donde imperaba el racionalismo codificador, y donde la Jurisprudencia solo estaba condicionada a resolver problemas hermenéuticos. Con esas sentencias adquirió tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria, el carácter vinculante.

En palabras de Palencia, E., (2013)

... El precedente surge como una institución cuya pretensión es diferenciarse del legalismo y la codificación de la que nuestro país es ejemplo. Lo anterior conlleva a que se fundamente en aspectos anti-formales, las sentencias de los jueces, por consiguiente, sobre todo, los de la Corte Constitucional, crearían una verdadera norma jurídica y ya no solo estaríamos sometidos al imperio de la ley. (p.1).

Antes de contextualizar el precedente primero hay que hacer una separación de este término con el de Jurisprudencia, ya que puede llegar a pensarse que son lo mismo, mas no lo son. El precedente es un caso particular que provee una regla que puede ser utilizada en caso sucesivo, y análogo; que los jueces deben considerar en sus decisiones como razón vinculante. A partir de 1991 se le da el carácter de precedente a la jurisprudencia, según Bernal, C., ([2008] ^c). Esta última, es a diferencia del precedente, una pluralidad de sentencias relativas a diversos casos, donde no hay análisis de los hechos, sino una consideración de doctrina o reglas por un alto tribunal, que constituye una interpretación de una disposición o ley. La jurisprudencia de la Corte Constitucional se considera precedente, y solo necesita de una sola sentencia.

Según la corte constitucional el precedente es un “antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia” (Corte Constitucional, Sentencia T – 762, 2011). Así, la Corte ha entendido que el precedente debe ser anterior a la decisión donde se pretende su aplicación y que debe existir una semejanza de problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho. En ausencia de uno de estos elementos, no puede predicarse la aplicación de un precedente”.

Se vislumbra como precedente cuando las sentencias contienen en su parte motiva un criterio claro y contundente que servirá de guía a los administradores de justicia para que decidan de conformidad en los casos que traten el mismo problema.

Teniendo en cuenta que antes de la constitucionalización del derecho existía esta figura del precedente pero que aún no tenía peso legal, en el texto de un reconocido autor, se mencionan los primeros precedentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Según el

ensayista se presentó durante la actuación de la llamada “Corte de oro o Corte Suprema de Justicia”.

Bernal, C., ([2008] ^d) sustenta lo siguiente:

La Corte Suprema de Justicia, conformada en aquel entonces (siglo XX) por un grupo de ilustres juristas, y conocida para la posteridad como la “Corte de Oro”, profirió varias sentencias que introdujeron al sistema jurídico nuevos elementos que no aparecían en las leyes y que provenían sobre todo de la jurisprudencia francesa. Aun cuando estos conceptos no adquirieron un reconocimiento legal, fueron aplicados por los jueces civiles para resolver casos futuros. Mediante sus sentencias de casación, la Corte Suprema de Justicia controló el respeto de esta jurisprudencia por parte de los jueces ordinarios. De este modo, tales sentencias de la Corte de Oro se convirtieron en los primeros precedentes del derecho colombiano. (p.7)

Esta nueva visión del Derecho, producto de la valentía que tuvieron gran parte de los integrantes de la llamada Corte de Oro y de las nuevas corrientes de pensamiento que influenciaron el ordenamiento jurídico colombiano, incluyeron elementos y figuras propias del sistema de fuentes del Common Law o sistema anglosajón , que empezaron a abrirse camino y se constituyeron, ejerciendo gran influencia ante jueces y magistrados de inferior jerarquía, así como a litigantes, quienes de forma directa e indirecta empezaron a referir los fallos en sus escritos, legado que aún hoy se emplea antes de emitir una decisión.

Así las cosas es notable el cambio que sufrió nuestro ordenamiento jurídico a nivel jurisprudencial, donde este era visto como un criterio auxiliar y el precedente en sus inicios tuvo muy poco reconocimiento legal, por no decir ninguno, actualmente con el constitucionalismo, el estado social de derecho y la constitución como el corazón del derecho, la figura del precedente no solo ha tomado fuerza vinculante si no que se ha desarrollado vasta normatividad que obliga a los jueces a hacer uso de esta mencionada figura.

Para la Corte Constitucional, máximo órgano de control de la Carta Política no fue sencillo el reconocimiento de la obligatoriedad del precedente. En un primer momento la posición de la Corte Constitucional, sostenía que la jurisprudencia era un criterio auxiliar no vinculante

y que la expresión “ley” se refería a la ley en sentido formal, es decir, a la expedida por el legislativo.

En el año de 1993, la Corte Constitucional por primera vez introdujo la interpretación actual del artículo 230, y habló del imperio de la ley como todo el orden jurídico, incluyendo las normas constitucionales y legales, el precedente del intérprete autorizado y máximo de la Carta, lo cual garantiza el mandato constitucional de un orden justo (Corte Constitucional, Sentencia C-486, 1993).

Luego en la sentencia C-557 de 1994, de igual manera la Corte se ratifica en que los jueces están sometidos a la ley en sentido material, o sea, a todo el orden jurídico. Con lo anterior se puede interpretar la expresión “imperio de la ley” como todo el ordenamiento jurídico en sentido integral; por ende las jurisprudencias son parte de este y los precedentes no solo son criterios auxiliares sino derroteros imperativos de los cuales un juez no puede apartarse arbitrariamente.

La Corte Constitucional fundamentó las bases para la transformación de tesis y consideró que la jurisprudencia hacía parte del imperio de la ley al que el juez está sometido, siendo considerada fuente material del derecho. Es ahí donde inicia la jurisprudencia a tener preeminencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Con variados pronunciamientos la Corte rechazó la interpretación exegética y adoptó el análisis más profundo, bajo la explicación de que el imperio de la ley era mucho más que la ley formal.

Volviendo al tema de la interpretación del artículo 230, de acuerdo con Bernal, C., ([2008] ^e)

Esta interpretación del artículo 230 de la Constitución se ha vinculado sistemáticamente con el respeto del principio de igualdad. Si los jueces no observan los precedentes, vulneran este principio, pues otorga injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas. Este hecho constituye una discriminación, prohibida por el artículo 13 de la Constitución. (p.9)

Por esta razón es que se expresa que el juez no puede apartarse arbitrariamente del precedente y se hace necesario que argumente o motive su decisión de hacerlo, todo esto se

da después de la constitución de 1991 donde el precedente si tiene fuerza vinculante y es de obligatoriedad.

Dicha obligatoriedad del precedente judicial se puede ver plasmada en (Corte Constitucional, Sentencia T-446, [[2013]] ^a).

Es la ratio decidendi que es la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares, esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan. De manera que la ratio decidendi expresada en el precedente judicial constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser desconocido por los jueces.

Teniendo en cuenta nuevamente la sentencia anteriormente aludida la corte constitucional se manifiesta acerca del desconocimiento del precedente judicial:

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues un primer límite se encuentra en el derecho de toda persona a recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades judiciales. De hecho, en el ámbito judicial, dado que como se dijo, los jueces interpretan la ley y atribuyen consecuencias jurídicas a las partes en conflicto, “la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y la aplicación de la ley. (Corte Constitucional, Sentencia T-446, [[2013]] ^b).

De manera que la jurisprudencia de la Corte ha advertido que el problema de relevancia constitucional en el manejo de los precedentes judiciales surge cuando, “en franco desconocimiento del derecho a la igualdad y tomando como fundamento la autonomía e independencia judicial, los jueces adoptan decisiones disímiles frente a casos semejantes” (Corte Constitucional, Sentencia T-446, [[2013]] ^c).

En este orden de ideas, cuando los precedentes de la Corte Constitucional conforman verdadera doctrina constitucional, no son simples criterios auxiliares sino verdadera fuente

principal de derecho, que no puede ser rechazada o desconocida arbitrariamente por ningún funcionario judicial. En concordancia con la sentencias T- 446 de 2013 y C-335 de 2008.

Sin embargo aunque el precedente es de carácter vinculante muchos intérpretes del de derecho aun niegan esa calidad de obligatoriedad basándose en la interpretación exegética del artículo 230 de la constitución lo que es una muestra significativa de lo que se enunciaba primeramente en el presente texto acerca de muchas secuelas del antiformalismo jurídico o como lo denominó Bernal, C., ([2008] ^f) “el sistema continental del derecho”. Por esta misma razón la corte se pronunció en varias sentencias ya aludidas anteriormente acerca de la obligatoriedad del precedente en las decisiones de los jueces de la república, pero dejando claro que el juez se puede apartar del precedente siempre y cuando motive y/o justifique su fallo de manera expresa y amplia (Corte Constitucional, Sentencia T-446, [2013] ^d).

El arduo trabajo de la corte constitucional a partir de su nacimiento en 1991 de salvaguardar nuestra carta magna ha sido una de los avances más significativos a nivel jurídico y su labor no ha sido simplemente de proteger nuestra norma de normas sino también con la fuerza de sus sentencias ha llegado a tratar temas realmente complicados propios de la dinámica de la sociedad, lo que quiere decir que muchas veces ha sustituido al poder legislativo emanando fallos con calidad normativa que se encuentran en el mismo nivel jerárquico que una ley propugnada por la rama legislativa, todo esto ha sido el resultado de una amplia transformación de nuestro sistema jurídico, donde se han llevado a cabo una serie de adaptaciones normativas en nuestro contexto para el desarrollo a cabalidad de la figura del precedente y de esa función significativamente importante que la corte constitucional tomó en nuestro país desde el mismo momento de su nacimiento.

Así las cosas, la jurisprudencia a manera general de mencionarla y el precedente a modo específico, carecía del fenómeno que hoy está presentando, la obligatoriedad de su aplicación en el sistema jurídico, es por esto que las particularidades de ellas en la centenaria Constitución vendrían a ser las interpretaciones de las pocas garantías judiciales existentes que esclarecían las confusiones y el carácter suspicaz de la disposición legal, pero lo curioso era que constituían reglas de la actividad judicial pero no se cumplía con una obligatoriedad desapareciendo el núcleo vital de toda democracia contemporánea, proteger a la persona.

De ahí que se pudiere aseverar que Colombia ha pasado por un Estado asistencial decimonónico y jupiterino, en donde el juez simplemente se dedicaba a subsanar los problemas a través de las providencias llenando una pirámide invertida o dossier, siendo lo expedido obligatorio solamente para las partes procesales y no se tenía en cuenta la sociedad en la que repercutía porque ella no se obligaba ante esto y mucho menos los operadores jurisdiccionales (Ost, F., 2007, p. 105).

Asimismo, en las funciones del juez escaseaba la discrecionalidad judicial pudiendo este apartarse libremente de la jurisprudencia en el momento de fallar, desde luego se carecía de una vinculación obligante obstaculizadora a los jueces de la República.

Con la entrada en vigor de la existente Carta Política, ésta comenzó a ser la médula espinal de toda la actividad estatal; una Constitución con plena obligatoriedad y efectividad jurídica, desemejante a la de 1886, que estaba desprovista de carga imperativa y con escaso protagonismo en la vida de los ciudadanos.

Es este el paso de un “Estado de derecho” a uno social, democrático y pluralista de derecho por ende, se dará senda a la aceptación de la coherencia como criterio de corrección de las normas y/o reglas expedidas por el cuerpo legislativo, pues el desprecio de estas lesionaba todos los días un principio fundamental de la organización política, el principio de igualdad de trato (Const, 1991, art, 13).

La carta magna expone la distribución tradicional del poder en las sociedades democráticas, agregando como aspecto evolutivo la teoría clásica de la tridivisión de Montesquieu la “Colaboración Armónica entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, lo que ha permitido hoy el monopolio de los más altos tribunales, proporcionándose así una interrelación pero también una complementariedad entre los poderes públicos” (Const, 1991, art, 113).

Con la nueva Carta política, en las grandes Cortes de nuestro país aparte de las funciones conferida por la Constitución a estas instituciones, surgió la necesidad de amparar y suplir lagunas por la omisión u acción no acertada de un cuerpo parte de otra rama del poder público. Así, a través de sentencias, aprovechando el compendio garantista y proveedor de mecanismos de protección a derechos fundamentales constitucionales que engloban a la

nueva Constitución ha emergido un patrimonio invaluable constituyéndose el precedente a manera específica, jurisprudencia con una condición generalizada que adhiere a su naturaleza la calidad de ser pacificadora gradual de una sociedad colombiana transformando a las providencias judiciales en el puente entre la Constitución y la realidad que circunscribe un ordenamiento recayente sobre una nación.

De este modo la jurisdicción ha suplido necesidades que no ha abarcado las disposiciones o reglas jurídicas naciendo así el precedente que no es más que “un antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerarse necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia” (Corte Constitucional, Sentencia T-762,2011). Es decir, debe ser obligatorio, anterior a la decisión donde se pretende su aplicación y existir una semejanza de problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho. En ausencia de uno de estos elementos no puede predicarse la aplicación de un precedente.

Pero nos preguntamos entonces si pasar de la abstracción de una norma jurídica a un precedente constitucional ¿no sería invertir papeles y ubicar a los jueces de las grandes Cortes a ejercer el oficio de predecir hipotéticamente para expedir en este caso sub-reglas a futuro? Quizás las diferencias radican en que el Cuerpo legislativo sólo se ocupa de realizar las generalidades normativas, el jefe de Estado de sancionarlas y al momento de su entrada en vigor esta ley pierde contacto con el organismo legislativo, en el caso del precedente es distinto, al expedirse sub-reglas por parte de las instituciones de última instancia jurisdiccional su relación, empalme y acercamiento con este tipo de organismos es continuo y proactivo, cabiendo la posibilidad de eliminar o sustituir dependiendo a lo que se considere erróneo en el precedente pasando de un extremo a otro considerado acertado en torno a la contextualización social del ordenamiento arraigado a un determinado lugar.

Sin embargo, la única diferencia que debería haber entre la función de expedir reglas y/o sub-reglas de estas dos instituciones debería ser la forma en cómo se llegan sancionar las disposiciones normativas.

La obligatoriedad del precedente yace de la función creadora del juez que en su jurisprudencia se realiza mediante la ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo.

De esta misma forma el carácter imperativo proviene de la Corte constitucional la cual plasma en la sentencia C-836 de 2001 lo siguiente:

De la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria;

De la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades;

Del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado;

Del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular, por lo que resulta obligatoria la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-836,2001).

Es así entonces considerando al precedente como una herramienta de orientación se puede llegar hasta considerarlo como doctrina probable y obtener consigo un carácter de doble obligatoriedad dentro del ordenamiento jurídico colombiano teniendo en cuenta la vigencia del artículo 4 de la ley 169 de 1889 y la sentencia C-836,2001.

Es menester destacar entonces la diferencia entre regla, norma jurídica y principio. Las reglas hacen parte del contenido de una norma jurídica se diferencian en materia de especificidad.

Una norma es un precepto que permite ajustar ciertas conductas o actividades, que además debe ser respetada y prescribe las conductas convenientes para el buen funcionamiento de la vida en sociedad.

Una regla jurídica serían pues, menos general, porque plantean modelos de conductas de una manera más puntualizada y concisa. Ellas poseen además un carácter prohibitivo y preventivo, determinan claramente la conducta que se debe realizar o la que se debe evitar, estableciendo lo que se debe hacer por lo tanto exige un pleno cumplimiento, es decir no admite graduación. No obstante, las consecuencias jurídicas están perfectamente determinadas.

Dworkin establece a la regla jurídica como la relación entre hipótesis normativa y consecuencia de Derecho. Según este autor la aplicación de los principios no conduce a una única consecuencia jurídica definida de antemano, de esta forma un principio solo puede hacerse valer como un argumento a favor o en contra de determinada decisión. Así las cosas, un principio representa un deber ser incompleto y no un deber ser definitivo (Rodríguez, C, 1997, p. 49). En palabras de Guastini, “los principios son normas implícitas de un sistema jurídico que resultan de la interpretación del derecho” (Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales, 2004, p 364). El resultado de la interpretación del principio, Dworkin lo llama la consecuencia de la dimensión del peso. Es decir, para este último autor los principios suelen dar lugar a una confusión entre los juristas, pues son normas jurídicas que no siempre obtienen aplicación efectiva porque su aplicación puede ser desplazada o derrotada por la aplicación de otras (de otros principios).

Adicional a esto los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo tanto, los principios son mandatos de optimización (Alexy, R. 1993, p. 503).

Si bien se puede observar al precedente como un arma de doble filo la figura garantista frente a esto que equilibraría la balanza sería la aplicación de los principios en pro de la evolución o mandato de optimización Alexy, Robert. (1978), trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo C.E.C., Madrid, p. 185) de los derechos fundamentales Constitucionales, en donde la función y autonomía jurisdiccional del juez deberá responder al binomio inseparable entre la justicia y la sociedad al mismo tiempo al sentimiento social de la comunidad destinataria de sus resoluciones y a uno de los fines últimos de la democracia contemporánea, la protección de los derechos de las personas.

Por otra parte la igualdad ante la ley y la igualdad de trato conjuntamente a una interpretación unánime o igual del ordenamiento en su totalidad es lo que verdaderamente obliga a todos los jueces a seguir un precedente constitucional.

Por añadidura cabe mencionar que las decisiones judiciales comprenden tres partes: *Obiter Dicta*, *ratio decidendi* y *decisum*; son estas las razones para optar por una solución y las que a ciencia cierta vienen a determinar el precedente que debe ser de cumplimiento obligatorio para todos los jueces de menor jerarquía (precedente vertical), esto como consecuencia de una interpretación a través del método de ponderación que les es permitida a ellos como fuente de creación de derecho.

Ahora bien, el precedente se considera una sub-regla por su naturaleza de origen por lo tanto no está condicionado a cumplirse con una sujeción total a él en cambio la norma o ley formal constituyen reglas y una de las características de ellas es el ser determinadas, cerradas y practicarse a cabalidad o en nada, distinguiéndose del mismo modo de los principios. Sin embargo, según el artículo 241 de la norma de normas establece entre las funciones de la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, es decir sus decisiones a través de las providencias tendrán efectos *erga omnes* (Corte Constitucional, C-600, 1998).

Ante la obligatoriedad del precedente constitucional y la presentación de las dos corrientes en un mismo ordenamiento convirtiéndolo en un sistema binario, se ha establecido las consecuencias jurídicas a las que podría llegar dichos jueces en caso de no optar por la *ratio decidendi* de sentencias anteriores y que además no motive su decisión, dicho de otro modo, vaya en contra de la discrecionalidad judicial, este podría incurrir en el delito ya sea prevaricato por acción o por omisión, el primero se presenta cuando la autoridad judicial comete una tergiversación de las disposiciones constitucionales o un acto administrativo de carácter formal por su accionar en la sentencia esto aparte de alejarse de la jurisprudencia sin motivación alguna, por el contrario prevaricato por omisión sería la negligencia por parte del funcionario.

Cuando un juez decide excluir la jurisprudencia, sus motivaciones tienen que estar sólidas y responder al sentimiento constitucional, este debe apegarse entonces a los principios que

rigen la autonomía de la institución y de él como ente representativo del poder judicial colombiano. Incluso a nivel de doctrina constitucional se establece las causales del surgimiento de acción punible en prevaricato (Corte Constitucional, C-335,2008) así mismo el salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería, contiene:

La Constitución Nacional consagra en el artículo 230 el principio de autonomía de los jueces, que en sus decisiones solo están sujetos al “imperio de la ley”, de modo que no se encuentran obligados a seguir determinada jurisprudencia y por tanto, esta conducta no puede constituir de ninguna manera delito de prevaricato por acción, si se tiene en cuenta que el precepto constitucional sólo le da a la jurisprudencia un criterio auxiliar (p. 55).

En contraste, si el artículo 230 de nuestra Carta Magna se interpreta sistemáticamente según Savigny para permitir una mayor interpretación de la situación determinada y con esto asegurar un margen de error mínimo por decirlo de algún modo. De esta forma la expresión “Imperio de la Ley” se refiere a todo el ordenamiento jurídico en sentido integral; por ende las jurisprudencias son parte de éste y los precedentes no solo son criterios auxiliares sino derroteros imperativos de los cuales un juez no puede aislarse arbitrariamente. Por otro lado el artículo 4 de la Constitución establece a ella misma como “norma de normas” de esta forma la función de la guarda de integridad y supremacía de la Constitución por lo tanto dejaría sin fuerza de ley a la normatividad que se encuentre por debajo de ella, (piramide Kelseniana) proporcionándose una respuesta negativa a la pregunta:- ¿Sí existe un sistema de precedentes jurisprudenciales en Colombia? Pero, es considerable aun someternos al imperio de la ley sabiendo que el Derecho es ciencia en conexidad con la sociedad, que experimenta numerosos cambios con el transcurrir del tiempo... No valdría la pena entonces preguntarse ¿Si estamos dando una debida interpretación hermenéutica a la Carta Constitucional?, ¿por qué no considerar en interpretarla de manera proactiva y/o progresiva? teniendo en cuenta las características versátiles de la sociedad en la que se desenvuelve un ordenamiento e implicar en nuestros métodos de interpretación la predilección de uno histórico.

Sin duda alguna en nuestro ordenamiento el precedente y la constitución misma han entrado a ser parte de las fuentes del Derecho esta última a partir del artículo 4 de la misma, que le otorga un carácter de ley material y la ubica como norma suprema. Savigny (1879) “denomina fuentes jurídicas a las causas de nacimiento del derecho general, o sea, tanto de

las instituciones jurídicas como de las reglas jurídicas formadas por abstracción de aquella” (p. [63] ^a). Adiciona que “la verdadera fuente u origen es esa vida invisible del Derecho en el espíritu del pueblo, en su conciencia común” (Savigny, 1879, p. [63] ^b); por aportes como este es que el juez director de un proceso no puede dejar de lado los valores vigentes en el momento histórico determinado en que se esté dando así como tampoco la trascendencia de la providencia que emitirá ya que vinculará no sólo a las partes del proceso que esté llevando sino también a toda una sociedad.

No obstante, se distingue entre ley en sentido formal y ley en sentido material, la primeramente mencionada “corresponde a una regulación expedida por el legislador”, en cambio la segunda es “una norma jurídica que regula de manera general una multiplicidad de casos, haya o no sido dictada por el órgano legislativo” (Corte Constitucional, Sentencia C-893, 1999).

En la actualidad se puede afirmar que el sistema complejo del derecho en Colombia no se concibe de la mejor manera si no es entendido como un derecho de precedentes, y no necesariamente esto va en contra del artículo 230 de la Constitución Nacional de igual forma no estaría bien establecer a los jueces bajo el “imperio de la ley” si este término además de analizarse con un método histórico también entenderlo con la concepción de ley material dado que si solo se interpreta en sentido formal estaríamos inmersos o volviendo a ese Estado de derecho que día a día hería y menoscababa los derechos consagrados y carentes de un complejo de garantías.

Por otra parte, existe una figura llamada vía de hecho que consiste en el comportamiento que toma un juez manifiestamente contrario a la ley y actúa arbitrariamente, este “se sitúa en los extramuros del derecho, con lo cual su decisión, si bien tiene la apariencia de una sentencia, pero no lo es, es una vía de hecho y por tanto puede ser tutelable” (Arango, R., 1999, p. 35).

Viene al caso hacer mención de los diversos tipos de defectos en las decisiones judiciales que acarrear a conceder tutelas en pro de la salvaguarda de los derechos fundamentales constitucionales, estos son: defectos sustantivos, fáctico, orgánico y procedimental (Corte Constitucional, Sentencia T-230, 1994).

La importancia de la coherencia en el derecho inquiera salvaguardar a las personas en las similares situaciones para que obtengan el mismo trato de las jurisdicciones de la República, por tal razón cuando la percepción y moralidad jurídica del país ha aprobado y optado por este principio respetándolo en su aplicación, se renuncia a una perspectiva formalista e incluso autoritaria del derecho que solo responde a “yo soy la máxima instancia, tengo la autoridad y por lo tanto yo decido”. El peso del derecho racional en donde existe pluralidad de interpretaciones es diferente: la legitimidad de las decisiones de los jueces que tienen la autoridad y autonomía para decidir dimanar de la carga y valor del argumento que estriba para soportarlo.

En suma el precedente constitucional da coherencia a la normatividad y se obstaculiza la diseminación de consideraciones y soluciones a problemas fácticos en espera de respuestas que beneficiarían al fenómeno de la sinrazón y la arbitrariedad proporcionándose una seguridad jurídica siendo este uno de los fines últimos de un ordenamiento.

En Colombia se está viviendo un fenómeno que paulatinamente pasa de la práctica de una corriente formalista a una anti-formalista y esto ha generado colisiones trascendentales entre salvaguarda de derechos y principio de legalidad. Como bien lo expresa De Otto, (1999) “la necesidad de uniformizar la aplicación judicial de derecho ha llevado a sujetarla a reglas elaboradas por la cúspide de la propia organización judicial, esto es, a la jurisprudencia, que adquiere así un valor normativo que la Revolución francesa le negó” (p. 222).

Entonces, - ¿qué sería un precedente? Para resolver esta pregunta primero se debe hacer una separación de este término con el de jurisprudencia, ya que puede llegar a pensarse que son lo mismo. El precedente es un caso particular que provee una regla que puede ser utilizada en caso sucesivo, y análogo; que los jueces deben considerar en sus decisiones como razón vinculante. A partir de 1991 se le da el carácter de precedente a la jurisprudencia, (Bernal, C., ([2008] ^g).

Esta última, es a diferencia del precedente, una pluralidad de sentencias relativas a diversos casos, donde no hay análisis de los hechos, sino una consideración de doctrina o reglas por un alto tribunal, que constituye una interpretación de una disposición o ley. La

jurisprudencia de la Corte Constitucional se considera precedente, y solo necesita de una sola sentencia.

Tal línea de sentencias como son:

T-231 de 1994;

T-123 de 1995;

T-345 de 1996 y,

T-054 de 2003

Defienden la implementación del precedente con los siguientes argumentos, primero, existe la imposibilidad de trazar una barrera entre la creación y la aplicación del derecho, segundo, el precedente brinda ciertas garantías como lo son: La coherencia y la estabilidad en el sistema jurídico, y más importante, el respeto del principio de igualdad. Y por último, que con la aplicación del precedente no peligra la independencia de los jueces, ya que se vincula a un sistema de fuentes de derecho, y no a decisiones basadas en el interés de particulares.

Según Bernal, C., ([2008] ^h), la interpretación del artículo 230 de la Constitución de 1991 “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”, se puede dar de diferentes maneras basándose en las sentencias C-131, C-486 de 1993 y C-836 de 2001, donde la primera está condicionada por el “imperio de la ley” que se entiende como la supremacía de todo el ordenamiento jurídico, por ende, la jurisprudencia hace parte de ese conjunto. Asimismo, se considera “criterio auxiliar” porque en realidad “ayuda a la plena determinación del sentido, contenido y alcance de las disposiciones que conforman las fuentes del derecho”.

Por otro lado, la segunda interpretación sería la sistemática, donde se relaciona con el principio de igualdad, es decir, que todos somos iguales ante la ley, y la forma en cómo se resolvió un caso, debe ser aplicado a otro sucesivo y análogo.

En la Jurisdicción Ordinaria el precedente se hace valer por el recurso de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa el recurso es el de Suplica, sin embargo ambos se reglamentan por el artículo 4 de la ley 169 de 1896 que establece que “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. Artículo declarado EXEQUIBLE por 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 presente Sentencia.”

Solo constituye Precedente en Colombia la Ratio Decidendi, es decir, el principio, regla o razón general que constituye la base necesaria de la decisión judicial. Los jueces pueden apartarse del precedente o no aplicarlo pero debe manifestar las razones por las que se abstiene de aplicarlo.

Cierto es, que el Precedente y la Jurisprudencia no son lo mismo, pero en teoría se constituyen del mismo modo, como creación o descubrimiento del derecho que hacen los jueces en su función habitual. Es decir, esta función creativa se relaciona con la Tesis Dworkiniana y la interpretación Creativa del Juez, que significa, “El derecho es una práctica interpretativa creativa, porque en la interpretación constructiva de las exigencias jurídicas los actores no utilizan un procedimiento lógico a valorativo, que solo sirve para explicitar lo que está implícito en este material, sino que recrean estas exigencias desde su propio universo axiológico.

El término Axiológico se integra junto dos aspectos más, que deben observarse en la toma de una decisión judicial, como lo son el Fático y el Normativo, estos tres en conjunto son el cimiento de una sentencia en derecho, y pasarían hacer posteriormente si un caso reúne las mismas condiciones, Precedente.

Históricamente se ha ido estableciendo ciertas diferencias entre los modelos o teorías de derechos más relevantes de los últimos siglos (Sistema Europeo y Sistema Americano), una de esas diferencias se podría catalogar como la de Casos Fáciles y Casos Difíciles. Los primeros se vinculan principalmente con el Sistema Europeo, la escuela de la exégesis, la positivización del Derecho y Codificación, quiere esto decir, que este sistema se veía sometido a solo resolver los casos más sencillos, su método predilecto era el de la Subsunción, lo cual hacía uso de un silogismo deductivo, donde lograba hacerse una inferencia mental objetiva. Su textura es completamente cerrada.

A diferencia de los segundos, los famosos Hard cases, o Casos difíciles, que se enlazan con el otro sistema en cuestión, el Sistema Americano, y la Escuela de Realismo Jurídico, donde la creación de derecho por parte del juez es relevante y el no sometimiento a la ley es lo fundamental, ya que ésta permanecía inmóvil en los casos más complicados y no brindaba soluciones eficaces a la situación jurídica. Y al juez se lo otorga la función de llenar los vacíos y lagunas jurídicos que la ley no es capaz, todo esto mediante la Jurisprudencia. Su textura es abierta.

¿Existen algunos límites a la autonomía judicial? Según la sentencia T-446 de 2013, “la autonomía judicial debe respetar ciertos límites al momento de interpretar y aplicar la ley. En este sentido, la actividad de los jueces estaría condicionada por: (i) la posibilidad de que el juez superior controle la interpretación del juez inferior mediante los mecanismos procesales de apelación y consulta; (ii) el recurso de casación cuya finalidad es la unificación de la jurisprudencia nacional. En el caso de la Corte Suprema de Justicia, la Corporación se encarga de revisar la interpretación propuesta y aplicada por los jueces y de determinar “la manera en que los jueces han de interpretar determinadas disposiciones.”; (iii) la sujeción al precedente vertical, es decir, al precedente dado por el juez superior en relación con la manera en que se ha de interpretar y aplicar una norma; y (iv) al precedente horizontal que implica el acatamiento al precedente fijado por el propio juez –individual o colegiado- en casos decididos con anterioridad.”

Lo anterior expuesto, no es sin más algunas de las limitaciones a la autonomía del Juez en la toma de sus decisiones así, como lo son el Debido Proceso, el Prevaricato por Acción u Omisión.

Lo cual significaría que el juez posee una autonomía relativa, mas no absoluta, como también lo define la Corte Constitucional en la misma sentencia, T- 446 de 2013, “la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues un primer límite se encuentra en el derecho de toda persona a recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades judiciales. De hecho, en el ámbito judicial, dado que como se dijo, los jueces interpretan la ley y atribuyen consecuencias jurídicas a las partes en conflicto, “la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y la aplicación de la ley.” De manera que la jurisprudencia de la Corte ha advertido que el problema de relevancia constitucional en el manejo de los precedentes judiciales surge cuando, en franco desconocimiento del derecho a la igualdad y tomando como fundamento la autonomía e independencia judicial, los jueces adoptan decisiones disímiles frente a casos semejantes.”

Evidentemente surge un enlace entre el Precedente Judicial y el Principio de Igualdad, donde prepondera el último para el beneficio de toda persona implicada en un caso judicial, ya que en últimas instancias si el juez no aplica una sentencia que coincidía en la ratio Decidendi con su caso y que le favorecería, estaría cometiendo una violación al Derecho de la Igualdad. La ratio decidendi es la parte vinculante de una sentencia, ya que es “que es la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares, esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan. De manera que la ratio decidendi expresada en el precedente judicial constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser desconocido por los jueces.” (C. Const. T-446 de 2013).

Otra violación al Principio de Igualdad sería que las autoridades administrativas no se rigieran por los precedentes judiciales o constitucionales, por tal motivo la Corte Constitucional en sentencia C-539 de 2011, define lo siguiente, “Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado

por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho.”

El precedente Judicial en Colombia tiene efectos vinculantes y las autoridades públicas están sujetas a este, como a la Constitución y la ley, por los siguientes fundamentos:

Desarrollo del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP

Los fines esenciales del Estado–art.2- CP

La jerarquía superior de la Constitución –art.4-

La sujeción de las autoridades públicas a la Constitución -artículos 6º, 121 y 123 CP.

El debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP

El derecho a la igualdad –art.13 CP

La buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP

Los principios de la función administrativa –art. 209

La fuerza vinculante del precedente judicial -artículo 230 superior-

La fuerza vinculante de las decisiones de constitucionalidad -artículo 241 de la Carta Política.

Los puntos enumerados anteriormente constituyen los factores normativos fundamentales para que el precedente sea implementado por los órganos no sólo judiciales, sino también administrativos.

La obligatoriedad del precedente no es absoluta y eso está en concordancia con preceptos del antiformalismo, pero cabe destacar que en esa misma corriente, existe un movimiento jurídico que apela por un formalismo dentro del propio antiformalismo, quiere esto decir, que es una forma de interpretar el Case Method Americano que es una forma de aplicar el Derecho, basado en sentencias, solo sentencias y no otro tipo de fuentes sociales, económicas

o jurídicas para resolver casos. Este Formalismo es diferente al estudiado donde la Ley es el centro de Práctica Jurídica, sin embargo se le denomina así porque se mira la manera de aplicar derecho, que es exegética, excluyente y literal, lo que se podría denominar como características del Formalismo Jurídico.

Expresado lo anterior, el precedente sigue siendo el factor representante del Antiformalismo, es menester saber que tal sistema no excluye del todo al anterior, el Sistema Romano- Germano-Francés en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, (Bernal, C., 2003) “la atribución teórica y práctica de fuerza vinculante a los precedentes judiciales no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco representa el abandono de un modelo de formalismo que, dicho sea de paso, no ha existido en ningún lugar del orbe, ni aún en el escenario de la Francia posrevolucionaria: el formalismo del juez que, como insinuaba Montesquieu, se limitará a pronunciar las palabras de la ley, el de un juez subsuntor sin creatividad, de fácil reemplazo hoy día por un programa informático de mediano desarrollo. Por el contrario, es preciso reconocer que, al igual que la ley, el precedente judicial o, dicho de un modo más armónico con nuestra tradición jurídica, la jurisprudencia, tiene hoy día en el orden jurídico colombiano el carácter de fuente formal y material del derecho.”

Fuente Formal sería la Ley y las Normas jurídicas que la conforman, tales normas tienen características fundamentales otorgadas por la tesis Kelseniana de Derecho, como lo son:

- a. La existencia de una norma jurídica que prescribe la realización u omisión de una conducta;
- b. La existencia de un destinatario que tiene el deber jurídico de realizar u omitir dicha conducta;
- c. La existencia de un titular que tiene el derecho subjetivo de exigir judicialmente la realización u omisión de la conducta prescrita por la norma jurídica; y
- d. La existencia de una sanción que debe imponerse al destinatario de la norma jurídica, en caso de que éste no lleve a cabo la conducta debida.

Características que no se alejan mucho de los objetivos principales de la Jurisprudencia y el Precedente Judicial, por lo que la Fuente Formal y Material, solo se diferencia plenamente

es el actor que las dictamina o crea, es decir el Legislador y el Juez respectivamente. Ya que tales fuentes coexisten en el Ordenamiento como Fuentes de Derecho, vinculantes, es decir, obligatorias para toda la sociedad ya que su omisión sería sancionada. Coexisten dos sistemas en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, el Formalismo del Estado de Derecho y el Antiformalismo del siglo pasado, estos se encuentran integrados en la práctica del derecho colombiano. Especialmente en la Jurisdicción Constitucional y su gran producción de Jurisprudencia que tiene carácter de Precedente, en las otras jurisdicciones aún no se ha avanzado mucho, sin embargo ese es el objetivo de este proyecto de investigación, la observación de la aplicación del precedente judicial.

9. MARCO CONCEPTUAL

Desde los albores de la humanidad los seres humanos han intentado solucionar sus conflictos de la mejor manera posible, pasando por evoluciones internas y de fondo con respecto a sus sistemas judiciales. Hoy por hoy, el andamiaje jurídico- estatal de procedencia romano- germánica ha tenido cambios estructurales importantes, lo que ha permitido dar paso a visos de corrientes supuestamente lejanas a sus orígenes: antiformalismo, fenómeno que según tratadistas tanto nacionales como internacionales dentro de los que se pueden destacar a Dworkin, Bernal Pulido, Diego López Medina, entre otros , han dado paso a lo que se constituye como el precedente judicial y por ende al alcance de coherencia y seguridad jurídica dentro de los sistemas constitucionales, optando por el manejo de Principios jurídicos y otras fuentes del derecho con el fin de subsanar falencias detectadas en el derecho legislado y/o positivado.

Por lo anterior, es fácil inferir que el sistema seguido por Colombia con respecto a diferentes latitudes en el mundo, ha sido permeado por otros prodigios pues este se considera de corte formal y con registro de fuente primaria en la ley. Así las cosas formalismo es la corriente de ideas que produce la codificación y las grandes construcciones doctrinales del derecho en el siglo XIX y parte del XX. La ley se basa en fuentes autorizadas, (decisiones legislativas y judiciales), siendo esta perfecta y unívoca y permitiendo resolver los casos de una manera lógicamente “mecánica” Lyons (como se citó en Rojas, R., s.f.) germinando

desde su interior fisuras configuradas como vacíos y lagunas jurídicas por lo que es necesario la presencia de figuras y herramientas igualmente jurídicas que suplan las grietas que se avivan del funcionamiento automático y maquinal del sistema.

En el caso colombiano y en los sistemas de corte continental nace un recurso para llenar los agujeros dejados por la ley. Para el caso Taruffo (1997) afirma:

La herramienta del precedente judicial como doctrina proyectada mayoritariamente por el Common-law fundando que este consiste en mantener las decisiones y no cambiar lo establecido (Stare decisis) por lo que son considerados un sistema jurídico basado en las decisiones de los jueces utilizando el ámbito de la interpretación judicial del derecho para dirimir conflictos, estos aspecto que los ha llevado a ciencia cierta a instituir de forma no codificada lo realmente importante dentro de la resolución de una Litis plasmada en una sentencia judicial: la ratio decidendi. (p. 88)

Es así como Goodhart, A., (1930), dice que:

(...) a precedent, therefore, is a judicial decision which contains in itself a principle. The underlying principle which thus forms its authoritative element is often termed the ratio decidendi. The concrete decision is binding between the parties to it, but it is the abstract ratio decidendi which alone has the force of law as regards the world at large. (p.p. 161 – 163).

En su traducción al español este postulado aporta que: (...) un precedente es una decisión judicial que contiene en sí mismo un principio. El principio subyacente en el que su elemento autoritario se denomina a menudo la ratio decidendi. La decisión concreta es vinculante entre las partes, pero es la abstracta ratio decidendi la que por sí sola tiene la fuerza de ley en lo que respecta al mundo en general.

La corte constitucional Colombiana en sentencia también ha definido la figura de la ratio decidendi, al respecto ha dicho:

Es la ratio decidendi que es la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares, esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos

que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan. De manera que la ratio decidendi expresada en el precedente judicial constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser desconocido por los jueces. (Corte Constitucional, Sentencia T-446, 2013).

Ese conjunto de argumentos de carácter vinculante que permiten la solución de un problema jurídico o de la Litis es el reflejo de una corriente que está predominando o que ha tenido mayor auge desde el siglo XX: el antiformalismo.

El antiformalismo surge como una corriente opuesta al formalismo jurídico, esta última corriente es aquella que le da preponderancia a la ley, por eso se dice que se vivía en el imperio de esta misma, donde la figura del juez como bien lo dijo Montesquieu era la boca del legislador, el sistema jurídico colombiano está sobre la base del derecho romano-germano además del codificado francés llevando consigo una forma de aplicación formal en donde toda fuente principal es la ley, siguiendo como criterios auxiliares la jurisprudencia, la equidad, los principios generales y la doctrina, esto según el artículo 230 de la constitución política.

Por su parte el antiformalismo según Rodríguez, F. (2008), es donde se le da una faceta participativa al juez, deja de ser pasivo y dominado por la ley, a ser activo y a crear derecho por medio de sus decisiones que estarían fundamentados en otras fuentes como los principios, derechos fundamentales, la costumbre, el precedente, la jurisprudencia y sobre todo la realidad. Es decir se abandona la fase de juez espectador y aplicador de la norma abstracta y general y empieza a predominar esa figura de juez diligente durante el proceso jurisdiccional.

Por consiguiente,

La coherencia y la seguridad jurídica serán las consecuencias positivas que atraerá la aplicación de instituciones jurídicas internacionales como lo es el precedente judicial, pues es de hecho, los *tòpoi* (lo común) que orientan la interpretación de la norma en la compleja fase dialéctica de la *Rechtsfindung* (creación jurídica), y que sustentan a la interpretación adoptada como válida en el ámbito de la argumentación justificativa, por ejemplo, en la motivación de la sentencia. (Taruffo, 1997, p. 86).

Es de esta forma como al realizar una comparación entre el derecho anglosajón y alemán con el civil - law se ven similitudes desde la forma de contemplar la figura del precedente como consecuencia y/o efecto del fenómeno del antiformalismo hasta la obligatoriedad del mismo. Sin embargo, penetra la diferencia de ser el primero un conjunto de decisiones las que edifican y consolidan todo el andamiaje estatal mientras que en el segundo estas corrientes solo se erigen cuando empieza a tener falencias dentro de su funcionamiento y trabando el fin último de todo sistema judicial, el alcance de la justicia.

10.MARCO TEÓRICO

Acerca del precedente han escrito varios teóricos dentro de los que destacan:

En el caso Colombia autores (López Medina, 2001), han tratado estos aspectos considerando a la situación-problema reseñado como: “el derecho de los jueces”, dando entender la influencia de las decisiones judiciales en nuestro ordenamiento. Así mismo es el caso de (Castaño Zuluaga, 2010), atribuyéndole a esta la refundación superlativa en el derecho colombiano y al juez como garante del estado social de derecho.

Internacionalmente aparecen pensadores de la talla de Habermas, Atienza, Ferrajoli y Dworkin como representantes de esta tendencia antiformal o judicialista. Este último en su célebre discusión con H.L Hart, manifiesta que el ordenamiento no solo existe reglas sino que hay una base importante de directrices y principios que coadyuvan la labor del operador judicial para resolver los que denomina casos difíciles.

El Formalismo jurídico, también se circunscribe a una determinada forma de hacer teoría jurídica que “presenta al derecho como una forma (generalmente constante) respecto del contenido (generalmente variable)” (Bobbio, 1992, p.18). Por lo que esté formalismo se caracteriza por prescindir del contenido y de la esfera social de las normas.

De acuerdo con Bernal ([2008] ^i): “la ley era la única que tenía fuerza vinculante y por ende el juez debía su decisión únicamente a ella, esto era propio del Estado de Derecho o sistema de Derecho Continental” (p.48).

Se considera una reacción contradictoria al Formalismo Jurídico, basado en el Realismo Jurídico Americano del siglo XX. Aunque también tiene representación en Francia por medio de la Escuela Científica, su precursor más conocido fue Geny (1899) que enunció sus críticas al formalismo, tales como “1) los elementos formales y puramente lógicos son insuficientes para lograr las aspiraciones de la vida jurídica, y 2) la necesidad de reestructurar los métodos”. Además de ser anti formalista también fue normativista, su lema lo expresa: “por el código civil pero más allá del código civil”, lo que se puede mirar como una idea normativa pero que busca ir más allá de ella, lo que claramente sería una interpretación extensiva, ya que no se queda con lo que expresa literalmente la norma.

Ronald Dworkin (2002), su teoría de los principios y refuta las siguientes tesis del formalismo:

- a) Que el Derecho consiste sólo en reglas, las que solo con base en su origen pueden ser examinadas en cuanto hace su validez o pertinencia al sistema y que solo de esa forma se puede distinguir de las normas de otros tipos de sistemas normativos como sería la moral o las reglas de trato social.
- b) Que el juez en casos difíciles posee una facultad discrecional que le permite decidir según parámetros extrajurídicos.
- c) Que el juez en casos difíciles declara un derecho que aún no existe.

Dworkin entiende el Derecho como una práctica social o fenómeno universal que le concede Derechos al Hombre antes de la positivización de estos. Además que le concede a la interpretación jurídica otras fuentes y no solo las reglas establecidas por Hart, como lo son los principios. Para Ronald existe un juez racional que toma los derechos fundamentales en serio, este sería el imperio del derecho para conseguir la resolución de casos difíciles y dar así la respuesta correcta. Todo gira en la unidad del Derecho, es decir en la coherencia narrativa y la jerarquía más eficaz de principios de moral política.

En este modelo el juez pasa de ser pasivo y dominado por la ley, a ser activo y a crear derecho por medio de sus decisiones que estarían fundamentados en otras fuentes como los Principios, Derechos Fundamentales, la Costumbre, el Precedente, la Jurisprudencia y sobre

todo la realidad. Sin dudas con la implementación del Antiformalismo Dworkiniano se acabaría con el Monopolio establecido por la Ley.

Según García son 5 las premisas propias del antiformalismo:

“Primera premisa: La atribución al derecho de altos niveles de indeterminación semántica y moral. El derecho formalista, está indeterminado y lleno de lagunas y vacíos, las cuales solo pueden ser reemplazados a través de la asignación de altos niveles de indeterminación basada en la moral; en esta premisa se evidencia la crítica al pensamiento del derecho formalista en creer que es completo y suficiente.

Segunda premisa: El rechazo a la tesis positivista de negar la existencia de un contenido moral y político en el derecho, traducido en una preocupación implícita por el contenido de justicia de las normas jurídicas. Aquí lo que se busca es dar a entender que la moral no puede ir desligada del derecho como se plasma en el pensamiento kelseniano, debido a que los normas jurídicas, poseen más que un contenido político y orgánico, un contenido moral el cual es sujeto de interpretación.

Tercera premisa: La teorización del derecho desde el influjo de los valores políticos.

Cuarta premisa: El reconocimiento de la importancia del razonamiento y la argumentación jurídica en el marco de la interpretación jurídica.

La tercera y cuarta premisa van dirigidas hacia la importancia y necesidad de la interpretación jurídica de las normas debido al contenido sustancial de valores políticos que estas traen consigo, por lo cual se pasaría de la metodología literal y exegética; a una metodología interpretativa, que profundice en la parte axiológica de las normas para así no seguir violentando derechos a las personas, a causa propia del formalismo. Quinta premisa: El énfasis en el papel de las normas constitucionales en la práctica jurídica, lo que frecuentemente se denomina la constitucionalización del derecho. Esta entra a constituirse en directriz de este escrito, por el nexo que guarda con el contexto.” (García, 2010)

El movimiento Antiformalista Alemán tiene sus cimientos en la Escuela de Interpretación Derecho Libre, que rechazó la tesis de que sólo es derecho el Producido por el Estado, a través de su poder legislativo y el comprendido por los conceptos de los científicos del

derecho. Sin más, se define al Derecho como independiente del poder estatal. Ya que, las normas surgen como resultado de situaciones anteriores, costumbres, cultura y demás que no fueron arregladas como un plan estipulado por el Estado. Se le suma al Derecho Libre “espontaneidad de sus decisiones y la plasticidad emotiva de su contenido frente al caso dado, puede colmar las lagunas y de hecho siempre las colmó”. (Timm,2010)

El antiformalismo Estadunidense, tiene su principal precursor, en Holmes, cabe destacar que este país el desarrollo del Derecho de Hércules (como lo hace llamar Ost), es importante y complejo. “Entiendo por derecho lo que dictaminan los jueces, nada más y nada menos” (Holmes, 1975) de donde puede inferirse que se le da al juez una función creadora de Derecho. Además de que su base es la realidad, o sea se relaciona con el Realismo Jurídico, que es sin más, “lo que está animado por un afán de anclar el estudio del fenómeno jurídico en realidades tangibles, empíricamente constatables, y, en este sentido, su atención se centrará en el análisis de hechos sociales antes que en el estudio de los elementos de carácter normativo que hasta entonces habían sido considerados los componentes esenciales del concepto de derecho”. (Timm, 2010)

Para Francois Ost (2007) como se mencionó anteriormente, él le otorga la denominación de un Semi-Dios, Hércules, que nace en forma de revolución o contradicción al modelo establecido por el Estado de Derecho. Ost lo imagina como una figura totalmente contraria a la de Júpiter que sería una Pirámide, en este caso el Realismo es un Embudo o Pirámide inversa. Donde no existe más derecho que la jurisprudencia, o sea, el conjunto de decisiones impartidas por el juez. El Codex del Sistema Romano-Germano- Francés es sustituido por el Dossier. François Ost en su escrito Júpiter, Hércules y Hermes: Tres modelos de Juez, especifica que el sistema anglosajón tiene como base el Método Inductivo, ya que parte de la singularidad a la generalidad. El Embudo sería catalogado dentro del Constitucionalismo social del siglo XX, donde el derecho no solamente toma el sentido formal de la norma, sino que se le agrega el sentido material, que alguna vez Kelsen negó.

11. MARCO LEGAL (NACIONAL E INTERNACIONAL)

11.1 MARCO LEGAL INTERNACIONAL

En los países de tradición anglosajona, donde no existe esa costumbre de legislar todo por escrito, la interpretación que dan los jueces al Derecho y a las leyes, es la mayor fuente creadora de normas y principios jurídicos. A pesar de ello, el Derecho legislado (statutory law) también tiene un papel importante, es más, tiene un rango jerárquico superior al creado por los tribunales, prevaleciendo sobre este último en caso de conflicto, pero no es tan abundante como en los países de tradición romano-germánica.

Las sentencias de los tribunales anglosajones se componen de varias partes que es importante conocer para saber dónde encontrar el precedente. Aunque estas partes no suelen aparecer tan claramente diferenciadas como en las sentencias de los tribunales españoles, según (ANGLOSAJONES, 2013) podemos distinguir las siguientes:

“Reasons: es el razonamiento jurídico, la explicación o los motivos del tribunal

Ratio decidendi: son los fundamentos de la decisión. Ésta sería la parte de la sentencia que crea el precedente.

Obiter dictum: son observaciones incidentales”

El sistema jurídico de Estados Unidos al igual que el sistema inglés es un sistema de casos (case law), lo que significa que el juez debe acatar los principios contenidos en las decisiones precedentes. La regla que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares o análogos, se basa en la doctrina del stare decisis (mirada fija en la decisión).

Según BASAURI, 2014

Los precedentes jurisprudenciales se dividen en obligatorios y persuasivos. Los obligatorios son los dictados por los tribunales superiores y vinculan a los inferiores, por ejemplo, los tribunales de menor jerarquía están obligados por los fallos (precedentes) de los tribunales superiores. En este sentido los tribunales estatales inferiores están obligados con respecto a asuntos de derecho estatal, por las decisiones de sus tribunales de apelación estatales y con respecto a asuntos de derecho federal por los fallos de los tribunales federales, especialmente de la Suprema Corte. Los tribunales federales están obligados en casos de derecho federal por los fallos de sus tribunales federales superiores. Sin embargo, con

respecto a asuntos de derecho estatal los tribunales federales están obligados por los fallos de los tribunales estatales correspondientes, con tal de que estas decisiones no violen el derecho federal. (Pag. 15-16)

El tribunal inferior debe acatar la decisión establecida de un tribunal superior aunque no esté de acuerdo con este precedente en virtud de que el tribunal superior tiene el derecho y la facultad de revisar la actuación de aquél y revocar su sentencia; por lo que resultaría inútil que el inferior dictara un fallo que de antemano sabe que será anulado por el superior. Por tanto se debe seguir el criterio ya fijado por la jurisprudencia y dictar la sentencia tomando como base el precedente y esperar que sean los mismos tribunales superiores los que los reformen los precedentes que han creado.

11.2 MARCO LEGAL NACIONAL

Corresponde entonces determinar los parámetros legales que cobijan pero que también limitan a el tema de estudio de este escrito; para ello se clasificará en dos aspectos este marco legal, el primero hará referencia a las leyes y normas de carácter nacional y en su segundo aspecto se esbozará la normatividad pero ya no en su aspecto nacional sino por el contrario en materia internacional.

Al examinar el artículo 230 de la Constitución Política Nacional se encuentra que de manera literal plasma lo siguiente “los jueces en su providencia 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” (Const., 1991, art.230) y que impone prevalencia de la ley en las decisiones judiciales; pero ha aclarado la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones que la interpretación a este artículo no puede ser exegética ni mucho menos literal ya que el espíritu de esta norma es diferente a lo plasmado, es por ello que en la sentencia C-486 de 1993 se plasma lo siguiente “El cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, este ordenamiento no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico" (Corte Constitucional, Sentencia C-486/93).

Por lo anterior mencionado se entiende entonces que el artículo 230 de la C.P no limita al juez a la aplicación netamente de la ley sino por el contrario, ley es la mezcla armónica de normas que integran el ordenamiento jurídico colombiano entre esos la costumbre, la equidad y la jurisprudencia, y con ello entra entonces el precedente judicial. Por lo tanto el juez cuenta con libertad para decidir en base a la ley según él la entienda se puede encontrar esto en (Corte Constitucional, sentencia C-577 de 1994) la cual advierte que “el juez ve hechos y circunstancias e interpreta la ley en el caso particular y corresponde a su libertad para decidir. Hay que recordar que sólo está sometido al imperio de la ley, tal como él la entienda”.

Es así como la Corte Constitucional positiviza en 2001 el Principio de la Autonomía interpretativa de las jueces bajo la sentencia C-836 de 2001. A raíz de todo lo anterior mencionado se comienzan a desatar una serie de inconformidades y dudas en la sociedad al ver que se les estaba otorgando a los jueces libertad interpretativa y más aún en dejar aplicar la analogía en sus decisiones ya que el temor aumentaba en cuanto los jueces aplicaran la jurisprudencia y lo ejercieran de una manera arbitraria o parcial a una de las partes involucradas en medio de los procesos.

Es por ello que para limitar el actuar de los jueces en la aplicación de la jurisprudencia y con ello de los precedentes judiciales, nace entonces la sentencia C-335 de 2008 como limitante y configurante de parámetros en los cuales “se configura el prevaricato por vulneración de ley procesal o trasgresión de preceptos constitucionales así como por acción u omisión de la jurisprudencia de manera arbitraria por parte del juez” (Corte Constitucional, sentencia 335 de 2008).

De lo anterior se entiende que dentro de la normatividad nacional se permite y se le da la aprobación al juez de ejercer la interpretación y análisis de los precedentes y con ello aplicarlos en sus providencias sin dejarse limitar solo de la ley pero también está codificado dentro del ordenamiento jurídico colombiano sanciones y límites que tienen los jueces al aplicar la jurisprudencia para evitar la arbitrariedad de estos y hacer más transparente el ejercicio de la justicia en el país, esto a través del delito de prevaricato, si el juez incurre en alejarse de la norma sin argumento alguno o aplicar una jurisprudencia equivocada para la favorabilidad de una de las partes, este funcionario cometerá prevaricato y el peso de la ley penal caerá sobre él, para tranquilidad de los colombianos.

Se hace entonces obligatorio para los jueces respetar la jurisprudencia y aplicarla debidamente, pero hay que precisar cómo se aplica la jurisprudencia, para ello la honorable Corte Constitucional ha promulgado “Es de obligatoria aplicación la *RATIO DECIDENDI* al momento de ejercer la jurisprudencia” (Corte Constitucional, sentencia T-650 de 2009).

Entendiendo la *ratio decidendi* como la razón para decidir, motivaciones etc., que tuvo el aparato judicial al momento de cerrar un caso.

Se ha vislumbrado dentro de este marco legal que el precedente siempre ha estado inmerso en la jurisprudencia pero que no se había dado legalmente connotación alguna a estos. Es por ello que se hace menester precisar que en 2011 la honorable Corte Constitucional en una revisión a una tutela, emite el concepto de precedente judicial y con ello lo incorpora al ordenamiento jurídico. La figura del precedente, ha sido definida 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, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia” (Corte Constitucional, sentencia T-762 de 2011).

Así, la Corte ha entendido que el precedente debe ser anterior a la decisión donde se pretende su aplicación y que debe existir una semejanza de problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho. En ausencia de uno de estos elementos, no puede predicarse la aplicación de un precedente. (Corte Constitucional, sentencia T-762 de 2011).

En esta misma sentencia se define las clases de precedentes ya sean horizontales cuando obedece a la observancia del precedente que emerge de organismos de niveles jerárquicos iguales y vertical a cuando se deben tener en cuenta los precedentes que provengan de altas cortes u organismos de cierre o también que se adopte la decisión del órgano inmediatamente superior al que está analizando el caso en concreto.

Igualmente como se hizo necesario definir el concepto de precedente judicial también es pertinente estudiar el concepto de la doctrina probable y su relación con el precedente judicial, esta vez la Corte Constitucional se pronunció diciendo lo siguiente:

(...) 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 subsumen en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión. La Corte reconoció que la utilización de estas fórmulas, lejos de atentar contra el artículo 230 de la constitución vienen a reforzar el sistema jurídico nacional y son perfectamente compatibles con la jerarquización de las fuentes que establece el postulado constitucional, puesto que la jurisprudencia no crea normas sino que establece las fórmulas en que el juez, tanto en la parte considerativa como en la parte resolutive, debe llevar la normatividad a los casos concretos (Corte constitucional, sentencia C-621 de 2015).

Como última norma en el marco legal nacional se expondrá aquella que le da el carácter vinculante al precedente judicial y que lo une con la autonomía judicial de los jueces para la toma de decisiones en sus providencias; las veces que se hace obligatoria la ratio decidendi y en las ocasiones que el juez puede alejarse de ella. Se habla entonces de la sentencia de la Corte constitucional la cual advierte,

Ha reconocido la jurisprudencia constitucional que la autonomía judicial debe respetar ciertos límites al momento de interpretar y aplicar la ley. En este sentido, la actividad de los jueces estaría condicionada por: (i) la posibilidad de que el juez superior controle la interpretación del juez inferior mediante los mecanismos procesales de apelación y consulta; (ii) el recurso de casación cuya finalidad es la unificación de la jurisprudencia nacional. Es la ratio decidendi que es la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares, esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan. De manera que la ratio decidendi expresada en el

precedente judicial constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser desconocido por los jueces. (Corte Constitucional, sentencia T-446 de 2013).

Cabe resaltar que no siempre se puede hablar de un precedente obligatorio y vinculante debido a que existe un precedente que es de tipo persuasivo, dicho precedente precisa que dependiendo del tipo de corte, el primero puede ser vinculante o no. Cuando el anterior no es vinculante es considerado como meramente persuasivo, lo que significa que la decisión del tribunal no es obligatoria para otros. En tal situación, la decisión del juez en este caso es simplemente considerada como un precedente persuasivo.

12. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anglosajones, R. d. (21 de junio de 2013). Traducción jurídica. Recuperado el 15 de Marzo de 2017, de <https://traduccionjuridica.es/el-precedente-judicial-en-el-common-law/>

Arango, Rodolfo. (1999). El valor de la coherencia y el precedente constitucional., En interpretar y argumentar- Nuevas perspectivas para el derecho. Bogotá. Ed. Siglo del Hombre Editores.

Basuri, F. (2014). Doctrina de los precedentes y la "stare decicis". Derecho Supraanosajon, p.p. 15-16.

Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. En Revista Derecho del Estado, p.10., Bogotá. N°21. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3399848.pdf>

Bernal, C., (2003). La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia en el Orden Jurídico Colombiano. Revista Precedente. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Bobbio, N. (1992). "Formalismo jurídico" en El problema del positivismo jurídico, trad. por Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, p. 13.

Congreso de Colombia, (26 de Mayo de 1873), Código Civil Colombiano, ley 57 de 1873.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Contreras, J. (2011, 07). El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas., Vol. (41). p. 331.

Corte Constitucional, sentencia C- 836, 2001, MP., Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-131, 1993, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-335, 2008. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia C-486, 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia C-539, 2011, MP., Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte constitucional, sentencia C-557, 1994, MP. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, sentencia T-054, 2003, MP., Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia T-123, 1995, MP., Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia T-231, 1994, MP., Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia T-345, 1996, MP., Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia T-446, 2013. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia T-762, 2011. MP. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, sentencia, T-406, 1992, MP., Ciro Angarita Barón.

Geny, F. (2000). Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo, trad. de Monereo Pérez, Granada, Comares, P.p. 533-534.

Goodhart & Stevens Sons, (1934), Precedent in English and continental Law, KU Leuven faculty of law, Londres, p.p. 199 – 200. Recuperado de: https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/72091/OSLJ_V2N2_0199.pdf

Goodhart, A., (1930), Determining The ratio decidendi of a case, Ed. The Yale law journal Company Inc., Londres, Vol. 40, p.p. 161 – 163. Recuperado de: <http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>

Gutiérrez Torres, J. (2014). El precedente judicial como fuente formal y material del Procedimiento Administrativo Colombiano. En Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/40951/1/285815.2014.pdf>

Holmes, W. (1975). La Senda del Derecho. Buenos Aires. Abeledo Perrot, p. 21.

López, D. (2001). El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá. Ed. Uniandes; Legis Editores.

Ost, François. (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. En Revista sobre enseñanza del Derecho año 4. N°8. Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf

Otello, A. (2005). Igualdad en la aplicación de la ley y el precedente judicial. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Palencia Ramos, E. (2013). Perspectivas y retos del sistema jurídico en Colombia. Una mirada al precedente constitucional como tendencia anti-formal y obligatoria. En Revista Justicia. Barranquilla, Colombia. N°. 25. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n25/n25a08.pdf>

Robert, Alexy, 1993, La teoría de los derechos fundamentales., Ed. centro de estudios constitucionales.

Rodríguez, Cesar, 1997, La decisión judicial: el debate de Hart y Dworkin. Ed. Siglo del Hombre Editores.

Rodríguez, F., (2008), El juez tropos: el estado social de derecho y la garantía al debido proceso. Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol. 10, p.p. 63-66. Recuperado de: https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-5-no-10/art-5.pdf

Rojas, R. (s. f.), Teoría del derecho, México, Universidad Nacional Autónoma de México: guía de estudio. p. 54. Recuperado de: http://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/sua/Guias/Guias_1471/Segundo%20Semestre/Teoria_del_Derecho_2_Semestre.pdf

Skinner, M. (2011). Historia del Precedente Judicial en Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Taruffo, M. (1997), Precedente y jurisprudencia: Interpreting Precedents, a Comparative Study. Universidad Icesi, p. 88. Recuperado en <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/viewFile/1434/1831>

Timm, A, (2010). “Entre formalismos y antiformalismos: algunas aproximaciones básicas”. Revista papeles de teoría y filosofía del derecho. Instituto de derechos humanos bartolomé de las casas. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid- España. Núm. 12. Recuperado de: https://www.academia.edu/18895803/Entre_formalismos_y_antiformalismos_K._Timm_2010_

Von Savigny, Friedrich C., 1879, Sistema de Derecho Privado Romano (trad. de J. Mesía y Manuel Poley), t. II, Madrid.