

LA INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Y SU INCIDENCIA EN EL DELITO PREVARICATO EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana



**LA INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Y SU INCIDENCIA EN EL
DELITO PREVARICATO EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A PARTIR DE LA
CONSTITUCIÓN DE 1991.**

Autores

JOSÉ EDUARDO GRISALES LOZANO
JUAN CAMILO GAVIRIA RODRÍGUEZ

Asesor

MIGUEL ÁNGEL CORTES GARCIA
Diciembre 2020

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana

Agradecimientos

iii

En agradecimiento a nuestras familias, que siempre han estado con nosotros y han sido un aporte irremplazable para nuestra formación, quienes con su cariño y acompañamiento nos han cobijado y también impulsado para que alcancemos nuestras metas, que se han esforzado por inculcarnos buenos valores en una sociedad cada vez más injusta e indiferente y nos motivan a ser personas éticas, que tengan siempre en mente la responsabilidad que el ejercicio de nuestra profesión exige.

En el presente estudio se analizó como en Colombia, a partir de la Constitución de 1991 se ve reflejadas las interpretaciones de las altas cortes que se han aventurado a realizar un sin número de interpretaciones de las normas del ordenamiento jurídico, al margen de la discusión acerca de que las decisiones que finalmente se consolidaron han logrado o no la justicia. Estas altas cortes como órganos de cierre judicial, de diferentes especialidades, desvían sus decisiones del literal y común entendimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico, generando una supuesta inseguridad jurídica y eventualmente configurándose el tipo penal: prevaricato por acción. De igual manera la investigación tiene una orientación metodológica con enfoque hermenéutico que permitirá la búsqueda de fallos judiciales, buscando comprender no solo un sentido literal, sino también un sentido oculto dentro de estas. Se plantea una posible respuesta al comportamiento emanado de las altas cortes, haciendo necesario analizar la interpretación y activismo judicial en el entendido de que quizás se esté ante la conducta punible de prevaricato. Por último, se aborda la argumentación y el precedente judicial para plantear una respuesta en el supuesto de cómo evitar la conducta punible de prevaricato y garantizando la seguridad jurídica.

Palabras clave:

Prevaricato – interpretación – argumentación – carga dinámica – carga de la prueba – precedente.

ABSTRACT

v

In the present study, it was analyzed how in Colombia, from the 1991 Constitution, the interpretations of the high courts that have ventured to carry out a number of interpretations of the norms of the legal system are reflected, apart from the discussion about that the decisions that were finally consolidated have or have not achieved justice. These high courts as bodies of judicial closure, of different specialties, divert their decisions from the literal and common understanding of the provisions of the legal system, generating a supposed legal insecurity and eventually configuring the criminal type: prevaricate by action. Similarly the investigation has a methodological orientation with a hermeneutical approach that will allow the search of judicial decisions, searching the understanding not only in a literal meaning but also a hidden meaning within these. Is raised a possible answer to the judicial activism perhaps with understanding that perhaps we are facing a punishable behavior of prevaricate. Finally, it is addressed the argumentation and the judicial precedent to raise an answer on the supposed of how to avoid the punishable prevaricate behavior and guaranteeing the legal security.

Keywords:

Prevaricate - interpretation - argumentation - dynamic burden - burden of proof - precedent.

INTRODUCCIÓN	1
Argumentación.....	3
Interpretación	4
Prevaricato	4
CAPÍTULO 1: LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA COMO INCIDENCIA EN EL DELITO DE PREVARICATO.....	7
1. PREVARICATO.....	7
2. CARGA PROBATORIA	9
2.1 Teorías sobre la distribución de la carga de la prueba.....	10
3. CARGA PROBATORIA EN EL ÁMBITO PENAL.....	12
3.1 Carga probatoria en la Ley 600 de 2000 artículos 20 y 234.....	15
3.2 Principios.....	17
3.3 La carga probatoria en la Ley 906 de 2004.....	19
4. JURISPRUDENCIA EN DONDE SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA Y EN OTROS CASOS NO.....	21
4.1 Sentencia del 9 de abril de 2008 radicado: 23754, MP: Espinosa Pérez Sigifredo: .	23
4.2 Sentencia del 27 de marzo de 2009 radicado: 31103, MP: Espinosa Pérez Sigifredo:	23
4.3 Sentencia del 13 de mayo de 2009 radicado: 31147 MP: Espinosa Pérez Sigifredo	23
4.4 Sentencia c-335/08 corte constitucional, MP: Sierra Porto Humberto Antonio.....	24
5. ANALISIS OBJETIVO DESDE EL ESQUEMA DEL DELITO.....	25
CAPITULO II: ARGUMENTACIÓN Y PRECEDENTE JUDICIAL.....	29
1. CONCEPTOS INTRODUCTORIOS.....	29
1.1 Estado de derecho y Estado social de derecho.....	29
1.2 Fuentes del derecho y criterios auxiliares de interpretación:.....	30
1.3 Seguridad jurídica.....	31
1.4 Positivismo jurídico.....	31
2. EL DERECHO COMÚN Y EL DERECHO CIVIL.....	32
2.1 Derecho común o common law.....	32
2.2 Derecho civil o civil law.....	33
3. APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO BÁSICO QUE DEBE OBSERVAR EL JUEZ AL MOMENTO DE PROFERIR UNA SENTENCIA.....	37
4. LA DECISIÓN JUDICIAL Y SU BUSQUEDA DE LOGRAR LA REALIZACIÓN DE VALORES SOCIALES.....	45
5. CONCLUSIONES.....	47
CAPITULO III: INTERPRETRACION Y ACTIVISMO JUDICIAL.....	50
1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	50
2. EL ACTIVISMO JUDICIAL EN EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991. .	53
3. VIABILIDAD JURÍDICA DE LA TEORÍA FUERTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA, ANÁLISIS DESDE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.....	60
CONCLUSIONES DEL TEXTO	67
BIBLIOGRAFÍA	71

Lista de tablas

vii

Tabla 1 Diferencias entre corriente tradicional y el nuevo derecho 57

INTRODUCCIÓN

En Colombia, los tribunales que fungen como órganos de cierre de las distintas especialidades, al emitir sus providencias tienen la obligación de integrar el ordenamiento jurídico, en la mayoría de las oportunidades cumplen con esta función en la forma prevista y sus decisiones son valiosa jurisprudencia que sirve para ilustrar a los usuarios del sistema judicial; pero en no pocas oportunidades las altas cortes en sus fallos desvían sus decisiones del literal y común entendimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico, generando un supuesto de inseguridad jurídica para quienes regulan sus vínculos obligacionales o condicionan sus comportamientos con base en una determinada reglamentación, porque los magistrados en sus decisiones pueden modificar ampliamente los efectos y ámbito de aplicación del orden jurídico.

A partir de la implementación de la Constitución de 1991, se han presentado diversos e importantes cambios normativos que han modificado la estructura del Estado con la integración de nuevas corporaciones en el más importante nivel jerárquico, alterando la forma en la que interactúan las ramas del poder público en sus más altas esferas, y la forma en la que se interpreta el ordenamiento jurídico con la incorporación de una nueva parte dogmática, que adicionó “nuevos” principios a los criterios de interpretación obligatorios para quienes tienen la labor de integrar y aplicar las normas vigentes del Estado.

Desde este hecho se han elevado diversos discursos jurídicos respecto a la forma adecuada en que se debe entender el ordenamiento jurídico colombiano, siendo los más exitosos y representativos aquellos tendientes a la “publicización” o “publificación” del derecho, discursos proclives a afirmar la necesidad de la incorporación de las realidades sociales a las normas jurídicas, sin discriminación de su nivel jerárquico o materia, y como estas deben ser entendidas a la luz de una constitución que pretende la protección de intereses sociales relevantes.

Con fundamento en lo anterior, las altas cortes del Estado colombiano se han aventurado a realizar un sin número de interpretaciones de las normas del ordenamiento jurídico, que al margen de la discusión de si las decisiones que finalmente se consolidaron han logrado o no la justicia, se puede llegar a considerar que los fallos emitidos por estas corporaciones en estrictos términos de interpretación jurídica, son abiertamente contrarios a las normas que son objeto de su análisis; situación que se hace evidente cuando menos, en los eventos donde se presentan los llamados “choques de trenes”, que no es otra cosa que la presencia de dos interpretaciones jurídicas diametralmente opuestas sobre un mismo punto de derecho emitidas por dos diferentes corporaciones judiciales del más alto orden jerárquico constitucional.

Es por esto que parece pertinente preguntarse ¿por qué estas decisiones no son objeto de investigación disciplinaria o penal por parte de los organismos dispuestos para tal fin? Al igual se plantea la pregunta ¿Por qué las altas cortes del Estado colombiano, están aparentemente exentas de investigación penal por el delito de prevaricato, al emitir

decisiones manifiestamente contrarias a derecho, al negarse a reconocer el sentido racional y lógico de normas preexistentes conforme a las reglas de interpretación jurídica, o al establecer nuevas reglas de derecho cuando no existen fundamentos para ello, a partir de la Constitución de 1991?

Dando una posible respuesta a la pregunta anteriormente planteada se establece que con la llegada de la Constitución de 1991 y los cambios que ineludiblemente instituyó su llegada al sistema jurídico colombiano, hacen necesario poner de presente que después de más de 20 años de vigencia del nuevo estatuto fundacional, aun se presentan significativos vacíos de interpretación producto de la aparente insuficiencia en la formación de las normas jurídicas que componen el código constitucional, vacíos que se hacen evidentes en la habitual discrepancia sobre un mismo punto de derecho que se presenta entre los diferentes tribunales de cierre de las diversas “jurisdicciones” que implementó la constitución de 1991, situación que deja como consecuencia la inseguridad jurídica.

Por una parte, para aquellos que tienen la función de intérprete del ordenamiento jurídico en una escala funcional inferior a quienes ostentan la categoría de magistrado de una alta corporación, por no tener dichos funcionarios públicos plena claridad en cuál de los diversos discursos contradictorios que se encuentran vigentes simultáneamente, es el que se encuentran en la obligación de aplicar en sus propias decisiones; por otra parte, en similar situación se encuentran quienes son usuarios del sistema judicial, que ante esta situación se encuentran en evidente incapacidad de previsión de las decisiones que se tomarán sobre sus respectivas relaciones jurídicas o comportamientos que puedan generar efectos jurídicos, lo cual es un obstáculo a la confianza jurídica en la cual se basan las personas al crear los vínculos jurídicos o acciones que regulan su diario vivir.

No sobra decir que en un ordenamiento jurídico serio, si bien no es raro ni novedoso que se puedan dar disímiles interpretaciones a una misma norma, por cuanto en el mundo de la argumentación en derecho no se puede pretender establecer una verdad consolidada que regule todas las situaciones, en virtud del carácter dinámico de esta disciplina científica, lo anterior no es argumento suficiente para justificar la existencia de “antinomias jurisprudenciales” que se conservan impunes en el ordenamiento jurídico colombiano.

En la presente investigación se pretende por medio de un objetivo general, determinar a través de un enfoque crítico, si los altos tribunales del Estado colombiano incurrir en el delito de prevaricato al emitir decisiones que en principio se pueden considerar contrarias a la constitución o la ley, para evidenciar si estas corporaciones tienen responsabilidad penal al interpretar el ordenamiento jurídico. Para desarrollar la investigación se abordaron tres objetivos específicos:

- Determinar si existe responsabilidad penal de los altos tribunales por el delito de prevaricato, en la interpretación contraria a derecho de las normas en algunas de sus decisiones.

- Examinar el ordenamiento jurídico vigente para presentar el marco jurídico aplicable a la interpretación judicial y cómo influye esto en la actividad de los jueces.
- Determinar si de las diversas interpretaciones que se presentan en el escenario judicial por parte de los tribunales de rango constitucional, se deriva inseguridad jurídica para los usuarios del sistema judicial y los operadores jurídicos de inferior jerarquía.

Para el desarrollo de esta investigación es necesario realizar un acercamiento básico a conceptos que bien son de uso común en el tráfico normal de las relaciones humanas, dentro del mundo jurídico pueden tener un significado especialmente relevante.

Argumentación

Como se acaba de afirmar, a lo largo de este trabajo se encontrarán palabras que dependiendo de su contexto podrán tener un valor semántico diferente, así por ejemplo la palabra argumentación podrá entenderse para quien la piensa al interior del escenario científico de una manera diferente a quien la observa dentro de un pensamiento cotidiano. De igual forma aplica para el mundo jurídico, donde esta palabra tiene diversos significados dependiendo del tipo de argumentación al que se aluda, no será igual el concepto de argumentación para quien requiere su uso en el entorno de la rama legislativa, que para quien la requiere en el entendido de la argumentación de la teoría general del derecho; si bien todas ellas estrechamente relacionadas con la materia objeto de esta exposición, el tipo de interpretación a que principalmente se dirige el análisis de este trabajo es a la interpretación judicial, que es aquella de la que se sirven principalmente los operadores jurídicos en la toma de sus decisiones; ¿entonces qué se entiende por interpretación judicial?

Para dar respuesta a la pregunta planteada, lo más acertado es acercarse al documento utilizado por el Consejo Superior de la Judicatura en su plan de capacitación para los funcionarios de la Rama Judicial, en el cual se indica lo siguiente:

Para poder dar cuenta de esta peculiaridad, el razonamiento judicial debería ser concebido como un conjunto de argumentos, distribuidos según diferentes niveles de justificación. Al argumento formado por la premisa normativa y la premisa fáctica, y cuya conclusión es el contenido del acto de decisión judicial, se deberían agregar los distintos argumentos con los cuales se justifica la adopción de cada una de las premisas utilizadas en ese razonamiento. A un conjunto de argumentos enlazados de esa manera lo llamaremos argumentación. (p. 26)

Entonces se puede afirmar que la argumentación judicial es un concepto complejo que lo componen diferentes momentos y elementos, que inicia en una “premisa fáctica” o hecho de la vida relevante para el derecho, que debe ser analizada a la luz de una “premisa jurídica” o norma jurídica que puede estar positivizada o no, que regula una hipotética situación de hecho, y deriva finalmente en una decisión; la cual que debe ir acompañada

de las razones por las cuales resulta más razonable y factible la aceptación de la postura expuesta por el juez en su fallo.

Interpretación

Así como el concepto explicado anteriormente sucede con la noción de interpretación, diferentes formas de entender este concepto se viven dependiendo del contexto en el que se discorra; sin embargo, igual tratamiento se dará en esta oportunidad para solucionar la dificultad conceptual. Nuevamente nos serviremos de los criterios de formación que utiliza el Consejo Superior de la Judicatura, para acercarnos a una respuesta de lo que puede entenderse como interpretación, preferiblemente aquella que se sirve en el escenario judicial.

De extractos del texto “Interpretación judicial módulo de autoformación”, dispuesto para la capacitación de los operadores jurídicos, se puede concluir muy brevemente que la interpretación judicial es la actividad humana realizada por los jueces sobre un enunciado jurídico para desentrañar su sentido, caracterizada por no discutir el punto de partida de la disposición que sirvió de fundamento para su análisis, por el deber lógico del funcionario de considerar en sus juicios solo aquellos preceptos que conforman el ordenamiento jurídico y con la carga de concluir que el sentido otorgado al precepto tiene la virtud de excluir los demás que le sean contrarios.

Prevaricato

Dentro del sistema jurídico colombiano se establecieron dos manifestaciones del delito de prevaricato contenidas en el código penal Ley 599 del año 2000; que para el efecto son: el prevaricato por acción del artículo 413 y el prevaricato por omisión del artículo 414. Para el desarrollo de esta investigación se tendrá como objeto de análisis el prevaricato del artículo 413. El legislador definió el prevaricato por acción en el código penal de la siguiente forma:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses. (Código penal Colombiano, 2000, artículo 413)

Es importante anotar que este delito ha tenido amplio desarrollo a nivel jurisprudencial por la corporación encargada de ser el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, por ser un delito en el que fácilmente pueden incurrir los operadores judiciales, además de ser una

vulneración contra uno de los bienes jurídicos más representativos de la especialidad penal, la Corte Suprema de Justicia ha precisado respecto al delito de prevaricato lo siguiente:

Cuando se configura la conducta de prevaricato por acción se lesiona el bien jurídico de la administración pública, sintetizada en el sometimiento del Estado al imperio de la ley en sus relaciones interinstitucionales y con los particulares, en virtud del cual, los asuntos de conocimiento de los servidores públicos deben ser resueltos con fundamento en el derecho que lo rige, para garantizar la vigencia del ordenamiento y asegurar la convivencia pacífica de los asociados.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo. (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, SP-174572015 - 44178, 2015)

La orientación metodológica en la presente investigación tiene un enfoque hermenéutico; ya que se aplica en la búsqueda de fallos judiciales, buscando comprender no solo un sentido literal, sino también un sentido oculto dentro de estos. Se abordará la interpretación y argumentación judicial y su incidencia en el delito prevaricato en las altas cortes del estado colombiano a partir de la Constitución de 1991, desde un punto de vista crítico analítico; abordando el ordenamiento jurídico, en sus diferentes niveles de jerarquía para determinar el delito de prevaricato que genera inseguridad jurídica.

A su vez dentro del análisis crítico se expone la excepción dentro de lo anteriormente planteado para que los magistrados y jueces obtengan la verdad. Lo anterior, se planteará, según el proceso metodológico propuesto por María Eumelia Galeano Marín (2014) en el libro Estrategias de Investigación Social Cualitativa.

Diseño

Construcción del objeto de investigación. Establecimiento del estado del arte. Estrategia de búsqueda, clasificación, registro, sistematización y análisis de información.

Gestión de implementación

Rastreo, inventario y muestreo de documentos existentes y disponibles. Clasificación: temas. Contextualización socio-histórica. Análisis, valoración e interpretación. Lectura y comparativa de los documentos sobre elementos de hallazgo identificados.

Comunicación de resultado

Elaboración de informe y Socialización.

CAPÍTULO 1: LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA COMO INCIDENCIA EN EL DELITO DE PREVARICATO.

¿La aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal es un incidente en la materialización del delito prevaricato por acción, por parte de los jueces y magistrados?

Este conflicto surge cuando los jueces y magistrados, especialmente los de la Corte Suprema de Justicia, sala penal, emiten decisiones en torno a la aplicación de la figura de la carga dinámica de la prueba en el ámbito penal, violando la legislación penal, principios y normas constitucionales.

Dentro del sistema jurídico colombiano se establecieron dos manifestaciones del delito de prevaricato contenidas en el código penal, Ley 599 del año 2000; que para el efecto son: el prevaricato por acción del artículo 413 y el prevaricato por omisión del artículo 414. Para el desarrollo de esta investigación se tendrá como objeto de análisis el prevaricato del artículo 413. Para desarrollar el presente problema jurídico, se desarrolla el concepto y tipificación de la carga probatoria penal y su desarrollo en el ordenamiento jurídico. Por último, el análisis de si es posible que se incurra en el delito de prevaricato por acción desde la aplicación del esquema del delito.

1. PREVARICATO.

El legislador definió el prevaricato por acción en el código penal de la siguiente forma:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses. (Código penal Colombiano, 2000, artículo 413)

Es importante anotar que este delito ha tenido amplio desarrollo a nivel jurisprudencial por la corporación encargada de ser el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, por ser un delito en el que fácilmente pueden incurrir los funcionarios judiciales, además de ser una vulneración contra uno de los bienes jurídicos más representativos de la especialidad penal.

La Corte suprema de justicia ha precisado respecto al delito de prevaricato lo siguiente:

Cuando se configura la conducta de prevaricato por acción se lesiona el bien jurídico de la administración pública, sintetizada en el sometimiento del Estado al imperio de la ley en sus relaciones interinstitucionales y con los particulares, en virtud del cual, los asuntos de conocimiento de los servidores públicos deben ser resueltos con fundamento en el derecho que lo rige, para garantizar la vigencia del ordenamiento y asegurar la convivencia pacífica de los asociados. Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea

manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo. (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, SP-174572015 - 44178, 2015)

Todas las formas de manifestación del estado colombiano con miras a producir efectos jurídicos, resoluciones judiciales o actos administrativos de los servidores públicos están condicionadas a realizarse conforme al ordenamiento jurídico. El tipo penal de prevaricato está encaminado a proteger lo anteriormente dicho, que todas las actuaciones administrativas o judiciales sean acordes con el ordenamiento jurídico y no contrarias al mismo, con el objetivo de evitar la inseguridad jurídica. Para hablar del prevaricato es necesario analizar cada palabra que contiene el tipo penal, por lo tanto, la prevaricación conforme el Diccionario de la Real Academia Española [RAE] es “delito consistente en que una autoridad, un juez o un funcionario dicte a sabiendas una resolución injusta” (2020).

Haciendo una interpretación de la definición de esta conducta, se da cuando un servidor público emite decisiones contrarias al ordenamiento jurídico y cuando precisamos los servidores públicos, con la finalidad del presente capítulo, no se hace distinción entre los jueces, fiscales, procuradores y demás. La esencia de este delito en su aspecto antijurídico es cuando el juez, transgrede los principios y deberes con el Estado y dicta resoluciones injustas. Esta conducta punible requiere de un tipo de sujeto cualificado, servidor público, del cual forman parte los jueces y magistrados; tiene como finalidad la protección del bien jurídico de la administración pública y se incurre en este ilícito cuando la resolución, concepto o dictamen sea contrario a derecho. En nuestro ordenamiento jurídico no es punible cuando se argumenta y se realiza una hermenéutica jurídica sopesando derechos.

La Corte Constitucional se pronuncia acerca del prevaricato, mediante sentencia C-917 de 2001 y establece:

En cuanto al prevaricato por acción descrito como una conducta residual tanto en el artículo 149 del Código Penal de 1980, como en el artículo 413 de la Ley 599 del 2000, encuentra la Corte que la conducta está descrita de manera inequívoca por el legislador, pero ello requiere que se haya proferido una resolución, dictamen o concepto que resulte contrario a la ley, de manera manifiesta, lo que indica claramente que esa conducta tiene como referente necesario la Ley, en cada caso concreto, para comparar, luego, la actuación del servidor público al emitir la resolución, dictamen o concepto, de lo que podrá concluirse, por parte del funcionario penal competente, si se ajustó a la ley, o la quebrantó, y si esa violación, en caso de existir resulta manifiesta, es decir, ostensible. (Corte Constitucional, Sentencia C-917/01, 2001)

La Constitución Política de 1991 establece funciones y deberes específicos a los servidores públicos, no infringir las leyes y la constitución; deber que se tiene siendo particular, pero en el caso del funcionario público teniendo como responsabilidad la omisión y extralimitación de sus funciones. El prevaricato por acción tiene como sujeto activo al funcionario público y como sujeto pasivo al Estado. Ese Estado es la representación de la sociedad, por ende, cuando un juez emite decisión contraria al ordenamiento jurídico, vulnerando derechos y generando inseguridad jurídica en la sociedad, está atentado contra el Estado colombiano.

El prevaricato es un tipo penal que no admite tentativa y esto es algo racional, ya que requiere de la decisión por parte del servidor para que pueda vulnerar el bien jurídico. Ser un servidor público y especialmente aquel que imparte justicia, tiene como deber garantizar el cuidado a sus connacionales, ya que administrar justicia es quizás; impartir derecho, equidad, justicia u aquello que se deba de realizar según el ordenamiento y la razón, por lo tanto, no se podría tomar decisión contraria a las normas formalmente preestablecidas. El prevaricato se materializa no por el hecho de desconocer la jurisprudencia de una alta corte, sino cuando se aparta de esta, se comenta vulneración a preceptos constitucionales y legales.

A continuación, se explicará la carga probatoria en el ámbito penal y una vez explicado el tipo penal de prevaricato, se relacionará la incidencia de la mala práctica de los funcionarios judiciales en la aplicación de la carga probatoria incidiendo posiblemente en la comisión de la conducta penal de prevaricato.

2. CARGA PROBATORIA

El Diccionario de la Real Academia Española [RAE] define que la carga procesal en un sentido jurídico es la necesidad de aportar y conllevar actuaciones para evitar que se generen resultados negativos para la parte, es la parte quien alega o pretende demostrar determinado hecho, quien tendrá la obligación y necesidad de probar. (RAE, 2020)

Para GOLDSCHIMIDT, la carga probatoria es para quien pretenda afirmar unos hechos o como lo define; es:

(...) poder o la facultad de ejecutar LIBREMENTE ciertos actos o adoptar cierta conducta, prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin existir otro sujeto que tenga derecho a exigir su observancia; pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables (Pava, 2014, p. 57)

Siendo así la carga de la prueba como el deber de probar los hechos, excepciones, pretensiones ya que si no se cumple con esta obligación, se atraen consecuencias como un fallo desfavorable. En igual sentido, el Código Civil Colombiano, Ley 84 de 1873, en su artículo 1757, establece una pequeña definición de la carga de la prueba: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”

El docente Mejía (2007) afirma acerca de la carga de la prueba:

(...) es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que les invita a las partes la auto-responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. (p. 249)

En consiguiente, toda parte sea persona natural o jurídica que pretenda afirmar unos hechos deberá demostrarlos, ya que hacer afirmaciones sin prueba alguna dejaría sin sustento lo pretendido y no tendría valor probatorio ante un juez; esto a su vez, son hechos sin prueba alguna, dejando unas afirmaciones sin comprobación.

En concepto del maestro Echandía (2002)

Es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables. (p. 52)

Quien tiene la obligación de demostrar, es regla para el juez, ya que quien no aporte las pruebas teniendo la carga de la prueba, se entenderá que no tiene como demostrar lo pretendido por la contra parte, por ende, el juez como regla decidirá a favor de quien demuestre y cumpla la carga probatoria para demostrar lo pretendido.

2.1 Teorías sobre la distribución de la carga de la prueba.

2.1.1 Teoría de la naturaleza constitutiva, extintiva o modificativa de los hechos.

Inicialmente fue acogida por el Código Civil Colombiano de don Andrés Bello, posteriormente se incorporó en el Código Civil Colombiano mediante el artículo 1757. Rueda (2014) afirma que a dicha teoría:

(...) le correspondía “probar la obligación o su extinción al que alega aquella o esta”, en otras palabras, sobre el demandante o demandado recaía la carga de la prueba tanto de las obligaciones como de su extinción, según fueran sus intereses dentro del respectivo proceso; sin embargo, la carga de la prueba se limitaba única y exclusivamente a las obligaciones, excluyéndose los derechos reales. (p. 6)

2.1.2 Teoría que impone a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación solicita.

Para Rueda (2014) en Colombia, se utiliza una segunda teoría que impone a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación solicita, estipulada en el artículo 177 inc. 1º del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970):

(...) por medio del cual perdió eficacia la disposición contenida en el ordenamiento sustancial del artículo 1757 del Código civil. Esta teoría atribuyó a cada parte la carga de la prueba en relación con los hechos controvertidos que debería demostrar, para que el juez pudiese proceder a la aplicación de las normas que invocara. Aquí se daba amplia aplicación al principio actor incumbit probatio, según el cual al actor le incumbe la prueba. (Rueda, 2014, p. 06)

La presente teoría también es conocida como la carga estática de la prueba, en donde la parte interesada en probar es quien tiene la obligación de la carga de la prueba y si no cumple con esta carga, para el juez se convierte en regla, de no acceder a las pretensiones formulada por esta parte, igualmente sucede en el evento de que si cumpla a cabalidad y satisfactoriamente con la carga probatoria podría con mayor grado de probabilidad lograr un resultado positivo para la parte.

2.1.3. Teoría que se funda en la dificultad para probar el hecho.

La denominada carga dinámica de la prueba al evento que se invierte la carga probatoria a la parte que tiene mejor capacidad de probar, sin importar que no haya invocado la prueba pero por tener mejor capacidad y acceso a obtener la prueba, tendrá la obligación de aportar esta al proceso. En los eventos de responsabilidad médica, en los supuestos de que una persona pretenda demandar a un hospital por quizás algún evento que haya generado un daño, al demandante quizás se le dificulte probar determinados hechos, ya que las pruebas estarían bajo custodia y alcance del hospital. La carga dinámica de la prueba en el presente caso hipotético permitiría al demandante y al juez una inversión de la carga de la prueba, toda vez que el hospital se encuentra en una mejor capacidad de probar aun así el mismo no haya solicitado probar el hecho mismo. O como también se podría definir “La carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo” (Restrepo, 2011, p. 204)

Contrario a la carga dinámica de la prueba, está la carga estática de la prueba que consiste en la obligación de probar de quien pretenda probar el hecho y no se podrá modificar esta obligación por las partes o el juez.

En este sentido Pérez (2016) afirma que:

El Código de Procedimiento Civil preveía la noción de la carga estática de la prueba en virtud de la cual: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, en consecuencia, la parte que argumenta determinado hecho como sustento de su pretensión o excepción era quien debía probar el mismo. (p. 208)

En nuestro ordenamiento jurídico colombiano la teoría de la carga dinámica de la prueba se ve reflejado en el Código General del Proceso en el artículo 167, pero a su vez en el primer inciso de este artículo está establecido la teoría de la carga estática de la prueba, por este motivo se habla que en el Código General del Proceso se aplica una teoría mixta. Quien en principio está llamado a probar en quien pretenda probar el hecho:

(...) carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. (Ley 1564, 2012)

El autor Espitia (2013) en su artículo: La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el estado colombiano, resume que:

- El Decreto 1400 de 1970 señaló en el artículo 177 que “incumbe a las partes probar el supuesto derecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen...”
- Por su parte, el Código General del Proceso, contenido en la Ley 1564 de 2012 reiteró lo anterior, e introdujo la posibilidad al juez para distribuir la carga de la prueba, de oficio o a petición de parte, durante su práctica, o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más desfavorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos, precisó los eventos en que la parte se considera en mejor posición para probar un hecho, y señaló que cuando el juez adopte esa decisión, será susceptible de recurso, y de las reglas de la contradicción (Artículo 167). (pp.36-37).

Es claro que el juez por petición de alguna de las partes o de oficio invierta la carga de la prueba, buscando la finalidad de quien tenga más cercanía con la prueba, la pueda aportar al proceso.

3. CARGA PROBATORIA EN EL ÁMBITO PENAL.

Según Durán (1999) constitucionalmente la teoría de la carga de la prueba, en el derecho penal, encuentra fundamento:

(...) principalmente, en el debido proceso, por cuanto su razón de ser es la de dar a los juzgadores y a las partes procesales unos

criterios claros para resolver los problemas de valoración probatoria que puedan plantearse en los casos de inexistencia de pruebas o dudas razonables sobre las pruebas practicadas. (p. 159).

En el derecho penal es necesario tener presente la existencia de la duda razonable sobre las pruebas practicadas toda vez que esto conlleva unos efectos para el procesado, en otras áreas del derecho cuando se evidencia duda alguna o no se logra probar fehacientemente, el juez fallara a favor de quien mejor haya logrado probar, en derecho penal opera el indubio pro reo, que es la aplicación de favorabilidad para el reo cuando se encuentre una situación de una duda razonable. El juez tendrá la obligación de fallar favorablemente para el procesado ya que el ente acusador no logro desvirtuar esa duda razonable.

La carga probatoria en materia penal, es diferente a la carga del derecho privado, por eso es importante precisar:

En el Derecho privado es a las partes a quienes les incumbe probar el supuesto derecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen, unido a la incorporación reciente de la doctrina de las “cargas dinámicas probatorias”, para regular la desigualdad de las partes, cuando no se encuentren en situación de favorabilidad para aportar las evidencias, o esclarecer los hechos controvertidos; en el Derecho penal, con el advenimiento de la Ley 906 de 2004 y la Ley 1407 de 2010, la carga de la prueba se convierte en un imperativo tanto para la Fiscalía como para el órgano de persecución penal militar, sin que en ningún caso se pueda invertir esa carga, tal como lo establece el Estatuto de Roma. Lo anterior se explica de la siguiente manera: mientras que en el Derecho privado se discuten intereses particulares, en el Derecho penal la sociedad es la afectada, sin perder de vista que, en virtud del principio de integración al Derecho procesal civil, se remiten los ordenamientos procesales penales cuando no exista norma expresa, siempre que no se opongan a la naturaleza del penal. (Art. 23, Ley 600 de 2000; Art. 25, Ley 906 de 2000).

Así las cosas, el tema de las “cargas procesales”, y concretamente el de “la carga de la prueba”, en materia penal se relaciona de manera directa con el principio de la “presunción de inocencia” (Art. 7º de la Ley 906-2004), el cual es desarrollado por la carga de la prueba en cabeza del órgano de persecución, sin que en ningún caso se pueda invertir esa carga. (p. 36).

Como afirma Espitia, en el derecho penal los intereses son diferentes a los intereses del derecho privado e incluso los bienes jurídicos tutelados son diferentes, en el derecho privado se establece la protección de bienes jurídicos patrimoniales y en el derecho penal se protege bienes jurídicos como la vida y libertad de la personas. Es el ordenamiento jurídico penal, quien establece la prohibición de manera expresa de invertir la carga de la prueba en materia penal, esto debido a los intereses y bienes jurídicos tratados en esta materia, por lo tanto es el investigador y acusador quien tendrá la obligación de probar

fehacientemente los hechos imputados al proceso y de no cumplir, el juez tendrá la obligación de fallar a favor del procesado aplicado el indubio pro reo.

En áreas del derecho civil, administrativo, laboral entre otras se permite la distribución de la carga de la prueba con el fin de evitar situaciones de indefensión y en donde una de las partes tiene mejor capacidad de probar, con esto permitiendo establecer el fin de la justicia la verdad real.

En materia probatoria, el Derecho privado se diferencia del Derecho penal porque en el primero corresponde a las partes la carga de la prueba, mientras que en el segundo es al órgano de investigación al que le corresponde demostrar los hechos en que fundamenta su acusación, para desvirtuar la presunción de inocencia. (Espitia, 2013, p. 31)

En ningún caso se podrá invertir la carga probatoria en materia pena, en determinadas sentencias por parte de la corte suprema de justicia y corte constitucional han aplicado la teoría de la carga dinámica de la prueba, teoría que hace parte de derecho privado y que a su vez garantiza derechos en el ámbito privado, tales como garantizar que una de la partes que no tiene como probar, debido a que la contraparte tiene en su poder el acervo probatorio, este lo pueda aportar al proceso, permitiéndole al juez conocer la verdad pero las consecuencias del derecho privado son patrimoniales. En materia penal estas determinaciones de ambas cortes vulneran la presunción de inocencia, toda vez que se es inocente hasta que se demuestre lo contrario, además de otros principios que rigen al derecho penal.

Como lo establece el Código General del Proceso en su artículo 167, se permite que la carga dinámica de la prueba, sea invertida a quien tiene mejor posibilidad de probar. En el ámbito penal no es posible su aplicación, en la ley 600 del 2000 se define la carga probatoria y aunque no esté prohibida la carga dinámica de la prueba de manera taxativa, por principios y por la situación del individuo que se encuentra ante el poder del estado no se pueda invertir.

Rueda (2014) afirma que:

El artículo 7º del C. P. P. prohíbe de manera expresa la posibilidad de inversión de la carga probatoria que recae sobre la Fiscalía, y le otorga a la defensa la posibilidad de asumir una actitud pasiva en el transcurso del proceso, al cabo del cual, si el órgano de persecución no logra demostrar la configuración del ilícito se proferirá sentencia absolutoria. En estos términos, el C. P. P. deja sentado el rol de la defensa, pues con fundamento en artículos como el 125 que establece la posibilidad de “no ser obligada a presentar pruebas de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral”, el 371 que consagra la facultad para presentar o no teoría del caso en desarrollo del juicio oral y el 443 que le atribuye la posibilidad ‘si lo considera pertinente’ para presentar los alegatos de

conclusión, no existe imposición alguna que le obligue a asumir activamente funciones probatorias.

La finalidad de la prueba en el proceso penal será, entonces, la de llevar al juez el conocimiento, más allá de duda razonable, de los hechos y circunstancias materia del juicio y los de responsabilidad penal del acusado (art. 372 ibídem). En ese sentido, el juez deberá, para condenar, tener un convencimiento más allá de toda duda acerca de la responsabilidad o culpabilidad del acusado (art. 381), de tal manera que de no lograrse este cometido la defensa no tendría por qué entrar a desempeñar actividades de contradicción o prueba, lo que evidencia la tendencia del C. P. P. de proteger a toda costa las garantías del procesado. (p. 9)

De manera expresa la norma especial en materia penal establece la prohibición de la carga dinámica de la prueba, invertir la carga de la prueba, por esto no es razonable acudir a normas de carácter privado, toda vez que en materia penal tiene una norma especial.

El legislador colombiano aparte de establecer la prohibición en materia penal, establece en diferentes artículos mencionados por Rueda, en donde se evidencia el carácter pasivo que puede tener la defensa y esto haciendo referencia a que esa actitud dominante y activa en el proceso penal debe ser efectuada por el ente investigador y acusador que es la fiscalía, la defensa dentro del ordenamiento jurídico penal no se le obliga; a presentar pruebas, a presentar teoría del caso, no se le obliga a presentar alegatos de conclusión o actividades de contradicción o prueba. Si se hace el anterior análisis se puede observar como el ordenamiento jurídico penal, por voluntad del legislador colombiano en representación de la sociedad, le atribuyen garantías al procesado y generándole la obligación expresa al estado colombiano de aportar las pruebas necesarias y contundentes para poder condenar a una persona en el estado colombiano y ese órgano del estado sobre el cual recae la presente obligación es la fiscalía general de la nación.

Conforme lo anterior no hay posibilidad alguna para inferir o pretender aplicar teorías privadas que transgreden principio, derechos, leyes y la voluntad del legislador que a su vez representa la voluntad de la sociedad colombiana por una la sola voluntad de un juez o de una corte, esto teniendo como grave consecuencia la inseguridad jurídica.

3.1 Carga probatoria en la Ley 600 de 2000 artículos 20 y 234.

Se estipula en el artículo 20 que: “El funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado” esto es el principio integral la obligación que tiene la fiscalía de investigar lo favorable como desfavorable a los intereses del imputado.” (Ley 600, 2000)

Se estipula en el artículo 234 de la Ley 600:

El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la

existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia. (Ley 600, 2000)

“La carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la Fiscalía. El juez podrá decretar pruebas de oficio.” (Codigo de procedimiento penal, 2000)

Por su parte, explica Espitia (2013) que:

El Acto legislativo 03 de 2002, entre otros aspectos, modificó el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia en lo que tiene que ver con las funciones de la Fiscalía General de la Nación, el cual sentó las bases para la expedición de la Ley 906 de 2004 (Artículo 7º), la cual reiteró la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía, y añadió que “en ningún caso se podía invertir esa carga, sustrayéndole al juez la posibilidad de decretar pruebas de oficio. Al igual en el ámbito procesal penal militar la Ley 522 de 1999 guardó silencio sobre el tema, pero la Ley 1407 de 2010 consagró en el artículo 178 que “[...] corresponderá al órgano de persecución penal militar la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal [...]” y que “en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria (p. 35).

La ley 600 del 2000 no es ajena al cambio normativo que atraviesa el ordenamiento jurídico conforme a las nuevas necesidades de la sociedad, por ende es la ley 906 del 2004 el nuevo código procesal penal, el cual genera un cambio en el sistema penal. Este nuevo código procesal penal con una estructura acusatoria y eliminando los rezagos inquisitivos que tenía la ley 600 del 2000.

El Estado colombiano al igual que muchos otros estados, ha atravesado cambios legislativos, toda vez que la sociedad cambia es necesario que el ordenamiento jurídico se adapte a los nuevos problemas y necesidades de esa sociedad cambiante. Antes de la Constitución de 1991, Colombia, tenía un sistema penal inquisitivo o denominado por algunos doctrinantes como mixto ya que centraba funciones en un mismo funcionario, en el juez de la causa se centraba las funciones de acusación y juzgamiento, con etapas orales y escritas. Posteriormente con la constitución política de 1991, se crea la Fiscalía General de la Nación, quitándoles atribuciones a los jueces penales en materia de investigación, con la normatividad procesal Ley 600 del 2000, la cual tiene rasgos de un sistema inquisitivo pero que pretende tener una finalidad acusatoria.

La ley 906 del 2004, Código Procesal Penal [C.P.P.] tiene una finalidad más acusatoria, en donde la fiscalía tiene un papel de investigación y acusación, limitando al juez a valorar las pruebas presentadas por las fiscalía y ser el juez quien tome la decisión haciendo un juicio de valor y argumentación jurídica, evitando que en la investigación pueda ser contaminando en su independencia e imparcialidad para con el procesado y demás partes en el proceso.

Como establece el legislador en los artículos anteriores de la Ley 600 del 2000, la carga probatoria la tiene la fiscalía y además tiene la obligación de destruir esa presunción de inocencia de investigar lo favorable como lo desfavorable esto desarrollando el principio de investigación integral, el cual es desarrollado por la fiscalía. Conforme los artículos anteriores el diseño de carga probatoria es estática, de lo contrario si se aplica la carga probatoria dinámica se vulnera el principio de INDUBIO PRO REO Y PRINCIPIO DE INOCENCIA. El presente C.P.P, Ley 906 del 2004, que actualmente es vigente en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, genera diferentes cambios normativos; por ejemplo, de manera expresa prohíbe la carga dinámica de la prueba y elimina el principio de investigación integral para la fiscalía, es decir la fiscalía solo investigara la teoría del caso, no teniendo la obligación de investigar lo favorable para el individuo.

3.2 Principios.

3.2.1 El principio de in dubio pro reo

Según Concepto Jurídico, el principio in dubio pro reo “se configura como un pilar básico del derecho penal moderno y como una garantía inherente a todo Estado democrático y de derecho.” Este principio tiene sus raíces en el derecho romano y:

(...) obedece a la idea de que **para el Estado es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente**. En tal sentido, el principio in dubio pro reo es un mandato dirigido al juez o tribunal a fin de que no dicte sentencia condenatoria si no tiene una plena convicción de la culpabilidad del acusado. Así pues, **si tras la práctica de la prueba el juzgador alberga alguna duda sobre la culpabilidad del acusado, dicho principio le obligará a dictar una sentencia absolutoria**. (concepto jurídico, 2020).

Dicho principio, esencial para el derecho penal y como garantía para la sociedad generando a su vez seguridad jurídica, ya que permite que cuando una persona se enfrenta a un proceso penal, existan pruebas contundentes para demostrar tal conducta delictiva ya que si se envía a una persona inocente a la cárcel, sería mayor el daño que dejar un culpable en libertad. Este principio es la seguridad necesaria para no vulnerar bienes jurídicos de alta envergadura, como es la vida y la libertad. Cuando se transgrede este principio es vulnerar los propios bienes jurídicos, convirtiendo al estado en un delincuente y este no está llamado a actuar como un estado déspota, teniendo en cuenta que en el presente caso, el estado colombiano se rige bajo los postulados de un estado democrático y de derecho, teniendo la obligación de respetar y hacer cumplir el principio de in dubio pro reo.

3.2.2 El principio de inocencia

El principio de inocencia otro pilar de los estados democráticos y de derecho, se define según el diccionario de la real académica española como; “el estado del alma limpia de

culpa” y “excepción de culpa en un delito o en una mala acción”. Esto aplicado a nuestro contexto penal colombiano, es toda persona que goza de la presunción de ser inocente, y ser tratado con el respeto y garantía que a esto se merece. Por este motivo en los procesos penales, será el ente acusador quien debe tomarse la tarea rigurosa de investigar y aportar las pruebas necesarias, suficientes y contundentes para desvirtuar la presunción de inocencia de aquella presunta persona que pudo haber cometido una conducta punible.

Uno de los grandes tratadistas, el maestro Cesar Beccaria expresa: “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida” (Beccaria, 1974). Por esta razón es que toda persona desde la investigación hasta antes de que se profiera sentencia, se le deberá respetar la inocencia y el único estamento del estado quien podrá juzgar será el juez correspondiente de la causa, después de hacer un juicio de valor a las pruebas presentadas por el ente acusador.

La Corte Constitucional en la sentencia C-289/12 define:

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad. (Corte Constitucional, C-289/12, 2012)

Presunción de inocencia que debe desvirtuar la fiscalía en los procesos de índole penal y que será el juez penal el único estamento del estado de aceptar o no esta pretensión de desvirtuar la presunción de inocencia.

Como garantía constitucional el principio de inocencia, la corte constitucional define: “La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito “hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad. (Corte Constitucional, C-289/12, 2012)

Conforme la Corte Constitucional los tratados internacionales ratificados por Colombia, se aplicarán de forma obligatoria y vinculante a todos nuestros connacionales. Igualmente los tratados internacionales desarrollan y expresan el principio de inocencia, como una

garantía fundamental en todas las actuaciones administrativas y procesos judiciales, aún más en el proceso penal debido a los bienes jurídicos tutelados que se busca proteger mediante el derecho penal.

Como regla básica probatoria el principio de inocencia “se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba” de acuerdo con la cual:

(...) corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (...) lo que se conoce como principio *onus probandi incumbit actori*. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. (Corte Constitucional, C-289/12)

Conforme a lo dicho por la Corte Constitucional, es una afirmación contundente, ajustada a derecho, al ordenamiento jurídico colombiano, a los tratados internacionales en derechos humanos y a principios del derecho penal a que la regla básica probatoria; el ente investigador debe de destruir la presunción de inocencia. Es una afirmación ajustada a derecho y es la Corte Constitucional quien lo afirma, por lo tanto si este mismo organismo quien es el órgano cumbre y edificador del derecho colombiano lo afirma, es contraproducente que otro juez tome decisiones contrarias y más aún cuando es la Corte Constitucional quien emita decisiones contrarias a lo ya dicho. Lo anterior causaría inseguridad jurídica atentando contra el estado democrático y de derecho.

En instrumentos internacionales la presunción de inocencia se encuentra establecido en diferentes normas internacionales como lo es la; Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1789, artículo 9: “Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley.” Y en la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos; establece:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948, numeral 11.1)

3.3 La carga probatoria en la Ley 906 de 2004.

La Ley 906 de 2004, en su artículo 7, establece:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

En el anterior artículo inciso tercero se prohíbe expresamente la carga dinámica de la prueba, la obligación de la probanza del hecho punible la tiene en su totalidad la fiscalía, la prohibición es expresa. En ley 600 de 2000 no se contaba con la disposición expresa pero se fundamentaba bajo la interpretación de garantías constitucionales.

Es necesario realizar un análisis del artículo 7 del Código de Procesal Penal, Ley 906 de 2004, en el que se estipula de manera expresa la presunción de inocencia y la prohibición de invertir la carga de la prueba en contra del acusado, en la práctica judicial lamentablemente no se cumple esa disposición contenida en la ley ya que son las altas cortes, quienes arbitrariamente invierten la carga dinámica de la prueba, ignorando una disposición expresa y vulnerando derechos del proceso al no dar cumplimiento el juez a fallar a favor del reo sobre cuando exista duda razonable.

Los artículos 125 y 371 de la ley 906 de 2004 aseveran el comportamiento pasivo y exaltan la obligación de la carga probatoria de la fiscalía, citando así: “Artículo 125: No ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.”

El artículo 371, declara que “*la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio*”. De igual manera el presente artículo recalca la actitud pasiva de la defensa en donde enuncia que “podrá” presentar o no teoría del caso.

No existe en el ordenamiento jurídico imposición alguna que le obligue a la defensa asumir activamente funciones probatorias.

En el derecho penal colombiano todas las personas en un estado social de derecho deben ser juzgados por leyes preexistentes, conforme a las reglas preexistentes, principio de legalidad. No es permitido violentar alguna etapa o regla por parte del estado para lograr la verdad real. Garantías establecidas en la Constitución Política de Colombia en su artículo 29:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia

penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Const., 1991, art. 29)

Del anterior artículo se desprende garantías que generar una correcta aplicación de la administración de justicia como lo son: el indubio pro reo, presunción de inocencia, seguridad jurídica, principio de legalidad, derecho de contradicción el derecho de defensa entre otros.

La Corte Constitucional en Sentencia C-289/12 hace mención; “LEGISLADOR Y JUECES No pueden presumir la culpabilidad de nadie”, además “Ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie”. Así, establece que:

(...) todo proceso penal debe iniciarse con una prueba a cargo del Estado que comience a desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello, el legislador no puede implantar en una norma penal de carácter sustantivo una presunción de culpabilidad en sustitución de la presunción de inocencia so pena de violar el artículo 29 de la Constitución. (Corte Constitucional, Sentencia C-289/12, 2012)

De acuerdo con lo anterior la defensa no tiene propiamente la carga probatoria, ya que esta, es propiamente de la Fiscalía, permitiendo que la defensa asuma una actitud pasiva, esto no quiere decir que la defensa no pueda allegar pruebas al proceso. Conforme las dos anteriores leyes procesales penales, es clara la prohibición en el ámbito criminal la carga dinámica de la prueba “invertir la carga probatoria”. Motivo por el cual invertir la carga probatoria constituiría una conducta penal por parte del juez, configurándose el tipo penal de prevaricato por acción establecido en el artículo 413 del Código Penal. Ya que se estaría actuando contrario a ley.

Los dos códigos procesales penal establecen que el estado colombiano a través de la fiscalía tendrá la carga probatoria, teniendo la obligación de aportar todos los elementos probatorios para alcanzar un fallo condenatorio, de no ser posible cumplir con este objetivo, será el juez en proferir fallo absolutorio, ya que la fiscalía no demuestra el hecho. Como consecuencia se debe aplicar el in dubio pro reo.

4. JURISPRUDENCIA EN DONDE SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA Y EN OTROS CASOS NO.

En la sentencia C-069 de 2009, la Corte Constitucional estudia el derecho a la defensa y el onus probandi conforme a la ley 906 de 2004 estableciendo:

(...) el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado. (Corte Constitucional, Sentencia C-069, 2009).

Igualmente, en la misma sentencia establece:

El nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia. (Corte Constitucional, Sentencia C-069, 2009)

La presente sentencia de la Corte Constitucional desconoce la prohibición taxativa del artículo 7 de la Ley 906 del año 2004, en donde se establece la prohibición de invertir la carga probatoria en el ámbito penal, en donde la duda que se presente se resolverá a favor del procesado y consecuentemente impone la obligación de la carga probatoria a la defensa.

Posteriormente la Corte Constitucional establece en la sentencia C-121 de 2012

(...) para establecer la responsabilidad penal del imputado, el estado (sic) debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable, la presunción de inocencia se relaciona en primer lugar, con el ánimo y actitud del juez que debe conocer de la acusación penal. El juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable. Por el contrario, su responsabilidad reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta. (Corte Constitucional, Sentencia C-121/12, 2012)

En la presente sentencia confirma el planteamiento de la carga de la prueba en el ente investigador, lo que genera una total inseguridad jurídica para la sociedad. En las dos últimas sentencias analizadas se evidencian dos posiciones diferentes por parte del mismo órgano.

La corte suprema de justicia emite sentencias contrarias a Derecho como se evidencia en los siguientes fallos:

4.1 Sentencia del 9 de abril de 2008 radicado: 23754, MP: Espinosa Pérez Sigifredo:

Esta jurisprudencia de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal en el delito de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particular. Este fallo se emite en vigencia de ley 600/2000 caso en el cual la corte suprema de justicia en su sala penal invierte la carga probatoria a la defensa lo cual a pesar de no estar taxativamente prohibido atenta notablemente contra los principios de, la no auto criminación e indubio pro reo. Además de no ser el diseño de carga probatoria que establece el art 234 de la ley 600/2000. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 23754, 2008)

4.2 Sentencia del 27 de marzo de 2009 radicado: 31103, MP: Espinosa Pérez Sigifredo:

En esta sentencia a pesar de estar en la Ley 906/2004 la prohibición taxativamente se prohíbe la prueba dinámica. En esta sentencia la corte emite lo siguiente:

La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal es la regla general en el sistema acusatorio pues sin importar quien este en mejores condiciones de probar un hecho lo debe demostrar quien se vea beneficiado con él. Esta consideración abala la flexibilización de la carga de la prueba en cabeza de la fiscalía, las cargas se distribuyen entre las partes dejando entonces de ser absoluto que la carga recaiga exclusivamente en el estado. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia 31103, 2009)

Lo anteriormente dicho por la corte es totalmente contrario a la Ley en su artículo 7 de la Ley 906 de 2004.

4.3 Sentencia del 13 de mayo de 2009 radicado: 31147 MP: Espinosa Pérez Sigifredo

En esta sentencia se continúa desconociendo la prohibición de la carga dinámica por parte de la corte suprema de justicia sala penal. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, RADICADO 31147, 2009)

Cada una de las sentencias son delitos diferentes en los cuales se violenta la norma y principios en materia penal, lo cual permite tipificar la conducta de la corte suprema de justicia sala penal en la conducta punible de prevaricato establecida en los artículos:

El prevaricato es una conducta establecida en sus dos modalidades por acción y omisión en la Ley 599 de 2000:

ARTÍCULO 413: Prevaricato por acción. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y

funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años. Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 917 de 2001. (Ley 599, 2000)

ARTÍCULO 414: Prevaricato por omisión. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

La Corte Suprema de Justicia, en su sala penal desconoce la prohibición de la carga probatoria dinámica lo cual genera inseguridad jurídica al interior de nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto recae en una conducta punible anteriormente mencionada. En palabras de la Corte Constitucional el prevaricato se configura de la siguiente manera:

4.4 Sentencia c-335/08 corte constitucional, MP: Sierra Porto Humberto Antonio.

En relación con la configuración del tipo penal de prevaricato por acción, la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que: (i) el delito puede ser cometido por los jueces, los servidores públicos y en ocasiones por particulares que ejercen funciones públicas, en los términos que señala el Código Penal; (ii) en cuanto al sujeto pasivo de la conducta, se ha estimado que es la administración pública, aunque se admite que, en ciertos casos, pueda tratarse de un delito pluriofensivo como cuando con aquél se vulneran igualmente bienes jurídicos de los particulares; (iii) el objeto material del delito comprende resoluciones, dictámenes o conceptos, es decir, abarca tanto decisiones judiciales como actos administrativos. A su vez, la expresión “contrario a la ley”, ha sido entendida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que con aquélla se designa: (i) la norma jurídica aplicable al caso concreto; (ii) el ordenamiento jurídico colombiano; (iii) los mandatos constitucionales; (iv) ley en sentidos formal y material, ya que no distingue entre una y otra; y (v) actos administrativos. En otras palabras, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la expresión “ley”, contenida en el artículo 413 del Código Penal no ha sido entendida como norma jurídica aplicable al caso concreto, interpretación que es plausible y ajustada a la Constitución. (Corte Constitucional, sentencia C-335/08, 2008)

Lo desarrollado hasta este punto, se puede deducir en la incidencia del delito de prevaricato por parte de los magistrados de la sala penal de la corte suprema de justicia. Aun así se debe hacer un análisis desde el esquema del delito para determinar objetivamente si se incurre en este.

5. ANALISIS OBJETIVO DESDE EL ESQUEMA DEL DELITO.

A partir de una concepción finalista de la teoría del delito, se observa la acción y se tiene la voluntad como premisa principal. La acción supone la voluntad y esta implica la finalidad, por esto la conducta de los magistrados de la sala penal de la corte suprema de justicia, su voluntad quizás no sea la vulneración de la seguridad jurídica a su vez la comisión del prevaricato como también la finalidad es la preservación de los derechos de las demás partes del proceso.

La materialización de la acción se puede realizar en diferentes fases, propuestas en el libro del maestro Nodier Agudelo Betancur (2010):

A. Fase interna de realización: formación de la idea delictiva en el pensamiento. En este evento los magistrados tendrían que formar esa idea delictiva.

a. Anticipación mental del fin: es el objetivo de lo que se quiere lograr. Ejemplo: Juan quiere matar a Jorge. En nuestro caso planteado los magistrados tendrían que proponerse vulnerar el ordenamiento jurídico y generar inseguridad jurídica.

b. Determinar los medios: determinar los medios para alcanzar el objetivo, los magistrados tendrían que determinar los medios para alcanzar ese objetivo.

c. Consideración de otros posibles efectos de la acción: esto es determinar el cómo y cuándo, situación difícil para los magistrados realizar en las sentencias donde se invierte la carga probatoria, ya que cuando se invierte esta carga probatoria es en situaciones necesarias.

d. Fase externa de realización: es la fase de realización de los magistrados en donde se evidencie un comportamiento encaminando en los pasos anteriores, si esto encaja en cada uno de ellos se configura la acción encaminada a ese fin criminal, de lo contrario esa acción no sería criminal, la conducta de los magistrados de la sala penal corte suprema de justicia no incurre en los pasos propuestos anteriores, realizando un análisis objetivo, aun así aunque no exista una acción criminal, se realiza el análisis de los demás elementos del esquema del delito. (p.135)

Dentro del esquema del delito desde un punto de vista finalista este requiere finalidad y dolo:

(...) la doctrina de la acción no se ocupa en primer término de la acciones relevantes para el derecho penal, sino que desarrolla el principio estructural general de las acciones humanas, es decir, su dirección en función del fin anticipado mentalmente (junto a la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes) y su realización en dirección al fin. (Welzel, 1956, p. 62).

Es decir, el Dolo del tipo dirige la acción.

Teniendo en cuenta el delito de prevaricato por acción al que posiblemente incurre los magistrados de la corte suprema de justicia, sala penal. Este delito solo puede ser cometido por modalidad Dolosa, afirmación acertada por la Corte Constitucional en sentencia C-335 del 2008 magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto:

Retomando el factor subjetivo, bueno es precisar que el delito de prevaricato sólo admite la modalidad dolosa, la cual se concreta en la conciencia de proferir una decisión contraria al ordenamiento jurídico, sin que exija para su demostración que medie amistad o animadversión hacia alguno de los sujetos procesales, ni la existencia de un interés específico de contradecir abiertamente el derecho al punto que imprescindible se torna confrontar los argumentos expuestos en la adopción de la decisión que se acusa de prevaricadora con las razones dadas por el juez al ser escuchado en indagatoria dirigidas a justificar su conducta teniendo en cuenta, además, el criterio que en ese caso fue prevalente para la definición del asunto y las circunstancias específicas que rodearon su proferimiento. (Corte Constitucional, sentencia C-335, 2008)

Circunstancias que para proferir sentencia invirtiendo la carga probatoria es la protección de los derecho de la víctimas y la búsqueda de la verdad para el proceso, al igual si no hay Dolo no es posible que los magistrados cometan el delito de prevaricato por acción en el caso planteado en el presente capítulo.

En la concepción de la antijuridicidad en el esquema del delito, concepción finalista:

La misión primaria del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc. Pues, cuando entra efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ello constituye el fundamento más sólido que sustenta al estado y la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos tiene solo un fin preservativo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del derecho penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica. (Hans, 1956).

La acción de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, sala penal, conlleva a un comportamiento ético-social, ya que la toma de decisiones materializada en una sentencia, que en principio se podría evidenciar un prevaricato por acción al invertir la carga probatoria, teniendo restricción expresa. No es más que un comportamiento que conlleva

a la protección de valores éticos-sociales que garanticen los derechos de todas las partes en el proceso y no solo tener un fin policivo de castigar.

Teniendo de partida que en el prevaricato por acción no se aplica la modalidad culposa, desde la modalidad dolosa se requiere para la antijurídica, no solo la desobediencia al mandato para que se configure un injusto, aunque sea una conclusión lógica. Si las decisiones de la corte suprema de justicia sala penal, no atentan contra la antijurídica ya que su mismo actuar es armónico con la finalidad del derecho penal, que no es el fin de castigar sino la protección tardía de valores éticos-morales de una sociedad y cuando se invierte la carga de la prueba, como se ha planteado en el presente capítulo, se hace para garantizar los derechos de esa sociedad. La misma norma del prevaricato permite justificar la respuesta apartada de la norma, por lo tanto, no se aplicaría la desobediencia de la norma. Por lo cual se puede determinar objetivamente que es una conducta sin Dolo, tema que tiene mejor abordaje desde la culpabilidad.

El último elemento del esquema del delito, se aborda la culpabilidad, en palabras del maestro Betancur (2010) la culpabilidad es un puro juicio de reproche, este tiene diferentes elementos, tales como, la imputabilidad, la conciencia actual o potencial de la antijurídica y la exigibilidad de otra conducta. (p.135)

En el desarrollo de la culpabilidad, se aborda la teoría del dolo y en ese sentido se analiza el dolo frente a la conducta de los magistrados de la sala penal de la corte suprema de justicia, a la luz de invertir la carga probatoria incurriendo en un prevaricato por acción. Dejando de presente que en los anteriores elementos del esquema del delito no se encaja la conducta, por lo tanto es viable afirmar que no se incurre en el delito y sería contraproducente llegar a analizar la culpa, pero con el fin académico se analiza la culpa como elemento que contiene el Dolo.

En el libro Curso de Derecho Penal se plantea las diferentes teorías del dolo:

- Teoría estricta del dolo: esta teoría aborda dos elementos 1. Si el error es inevitable; se descarta toda responsabilidad, cuando no hay conciencia actual y como resultado se descarta el dolo. 2. Si el error es evitable, la consecuencia sería a título de culpa, pero para el desarrollo del presente capítulo, no es aplicable ya que el prevaricato no admite modalidad culposa.
- Teoría limitada del dolo: teoría que solo exige conocimiento del injusto, en esta teoría se exige conocimiento de la antijuridicidad para aplicar el dolo, pero para el presente caso no existe antijuridicidad frente a la conducta e incluso no se alcanza a lograr los elementos de la acción.
- Teoría de la culpabilidad: es una teoría con bases causalista en el que el dolo requiere una vinculación entre el autor y el hecho. (Agudelo, 2010, p. 136)

El delito de prevaricato por acción exige la manifestación; manifiestamente contrario a la ley, aunque la norma lo establezca de esta manera, la Corte Constitucional como órgano edificador del ordenamiento jurídico, órgano de cierre y guardiana del ordenamiento jurídico, establece mediante sentencia C-335 de 2008 que:

No basta, por supuesto, la simple disparidad con el ordenamiento jurídico, pues si nos atenemos al sentido literal del texto, es menester que la contradicción sea de tal modo ostensible que no quepa la menor duda de que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario, y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente. (Corte Constitucional, sentencia C-335, 2008).

Como lo establece la Corte Constitucional la postura de la corte suprema de justicia sala penal es una postura admisible dentro del derecho vigente, como es invertir la carga probatoria. En diferentes áreas del derecho colombiano se invierte y es aceptada la postura con la finalidad de quien tenga mejor capacidad de probar pueda aportar las pruebas al proceso y por ende establecer una verdad y una justicia más eficaz. Por esta razón no es objetivamente admisible la configuración del delito de prevaricato por parte de los magistrados de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, ya que no se configura su actuar en el esquema del delito, desarrollado anteriormente y al igual aunque la decisión sea diferente a la prohibición del artículo 7 de la Ley 906 de 2004, la decisiones tomadas frente a invertir la carga es congruente con el ordenamiento jurídico lo cual generaría una simple disparidad en el sentido literal del texto.

CAPITULO II: ARGUMENTACIÓN Y PRECEDENTE JUDICIAL.

En este aparte se aborda otra posible teoría para dar respuesta a la pregunta de investigación que se ha formulado inicialmente, se tratara de justificar la posibilidad que tienen las altas cortes dentro del Estado colombiano, y en general cualquier juez de la república, para no realizar el ilícito penal de prevaricato pese a incurrir en eventuales contradicciones de frente al ordenamiento jurídico, toda vez que el magistrado o el juez por medio de una adecuada y juiciosa argumentación puede no coincidir plenamente con una determinada literalidad positivizada en la normativa de una mal llamada jurisdicción específica como puede ser la ordinaria o la constitucional, pero aun así proferir una decisión que se ajuste a los parámetros que la justicia exige.

Con el fin de facilitar una comprensión más profunda de la idea que se propone, se plantea para el desarrollo de este capítulo el siguiente recorrido, una primera parte donde se dará una breve introducción al respecto de algunos conceptos necesarios para dar contexto al análisis y otros que son utilizados de forma indistinta, pero que tienen una carga hermenéutica importante que puede ayudar al lector a ver lo complejo del ejercicio de análisis que debe realizar el funcionario judicial; una segunda parte donde se hará una reseña a la historia de los dos grandes sistemas jurídicos que se han difundido en occidente, debido a la incidencia que tiene el estar formado en uno de estos sistemas en la visión de la función que debe cumplir el Estado jurisdicción respecto del ordenamiento jurídico.

La tercera parte la conformará un marco jurídico básico y general que todas las especialidades de la jurisdicción deben observar al momento de proferir sus providencias, se comentará la relación que tienen las decisiones judiciales con el deber de perseguir la realización de valores sociales como la equidad y la justicia, para finalmente realizar un aporte personal y conclusiones.

1. CONCEPTOS INTRODUCTORIOS.

Si bien para quien tiene manejo pleno de las teorías de la hermenéutica y la teoría general del derecho estos conceptos resultan familiares y probablemente impertinentes, no está demás enunciarlos para aquellas personas que no han tenido cercanía con ellos, o refrescarlos en quienes por razón de la especialización en el conocimiento han podido alejarse de ideas que por su naturaleza tan común no forman parte de la profundidad académica de su día a día, pero para efectos de nuestro análisis son necesarios.

1.1 Estado de derecho y Estado social de derecho.

Sea lo primero decir que esta distinción resulta importante debido al cambio incorporado por la Constitución de 1991 que modifica el modelo de Estado de derecho a Estado social de derecho, pese a esto, gran parte del pensamiento jurídico colombiano aún después de casi 30 años de vigencia de la constitución del 1991 sigue ligado estrechamente al Estado de derecho, que se caracteriza entre otras cosas por una idea fuerte del principio de

legalidad, que entiende que el legislador es la rama del poder público preponderante y que las deben estar de alguna forma subordinadas a las instrucciones que este imparte, en otras palabras, el Estado de derecho está regido por el símbolo del imperio de la ley.

Igualmente, el Estado de derecho tiene como objeto o finalidad la defensa de parte de los principios políticos propuestos por la revolución francesa, en este sentido el Estado de derecho propende por la defensa de la libertad y la igualdad de los ciudadanos, a través de normas que garanticen el trato digno e igualitario por parte de las instituciones públicas, además de la protección consagrada para el derecho a la propiedad. (García, 2011, p.182)

García (2011) afirma que el Estado social de derecho, además de la protección de los derechos individuales, centra su enfoque en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, partiendo del principio de la dignidad humana, tiene por objeto la tutela de los derechos colectivos que comienzan a cobrar una especial relevancia a partir de la imposición de los derechos humanos en las sociedades de occidente, siendo una obligación para el Estado, la prestación de servicios públicos que garanticen estándares mínimos de calidad de vida para los habitantes de su territorio. (p.188)

Por otra parte, la concepción tradicional del Estado social de derecho exige una función más activa de todas las autoridades públicas, particularmente de las que forman parte de la administración de justicia, debido a la necesidad garantizar mecanismos que permitan obtener la protección de los derechos de muy variado contenido, así por ejemplo, en el caso colombiano se instituyó la acción de tutela como mecanismo principal de defensa ante la vulneración de un derecho de contenido abstracto que haya sido reconocido por la constitución, pero además, se crearon otros mecanismos que permiten la tutela de derechos que se tienen en común por un colectivo social, como las acciones populares o de grupo. (García, 2011, pp.190-193)

1.2 Fuentes del derecho y criterios auxiliares de interpretación:

Daremos un acercamiento a este concepto debido a la importancia que tiene en la discusión que se propone, ya que, para una parte de la jurisprudencia nacional, lo previsto en el artículo 230 constitucional pese a ser claro, ha sido objeto de diversas interpretaciones que han modificado su auténtico y normal entendimiento. La doctrina entiende como fuentes del derecho la fuerza creadora del derecho, aquello que tiene la virtud de reconocer como parte del ordenamiento jurídico una regla determinada o los criterios que sirven de fundamento para la validez de una determinada norma jurídica, para el derecho sus fuentes se representan en el origen de un criterio normativo fundamentado en una autoridad que goza reconocimiento social que se sirve de un procedimiento determinado para expedirla.

Las fuentes del derecho admiten múltiples clasificaciones, quizás la más importante de ellas es la que se refiere a la distinción entre fuentes formales y fuentes materiales, las primeras son entendidas como la positivización de las fuentes dentro del derecho legislado,

mientras que las segundas se refieren a las fuentes que verdaderamente están siendo utilizadas en el ejercicio del derecho por los funcionarios judiciales. (Pérez, 2010, p. 306)

Por otra parte, los criterios auxiliares de interpretación se corresponden a los instrumentos que permiten la realización de una adecuada composición de los elementos que componen el ordenamiento jurídico mediante la aprehensión correcta del sistema de fuentes del derecho, es un complemento que se realiza de la norma en caso de oscuridad o ambigüedad para dotarla de sentido suficiente que permita regular de forma eficiente la situación conflictiva; sin embargo el criterio auxiliar no tiene la virtud de sustituir la norma, reemplazarla o suprimirla. No obstante la prescripción del artículo 230, se entiende que no solo la ley goza del carácter de fuente formal del derecho, debido a que la facultad legislativa otorgada al congreso de la república permite que mediante la ley se establezca o se mantengan otras fuentes del derecho, por esta razón se afirman que en el ordenamiento jurídico colombiano tienen la calidad de fuentes formales del derecho por ejemplo, la constitución, la ley, la costumbre y la doctrina constitucional. (Fonseca, 1992)

1.3 Seguridad jurídica.

Este concepto es uno de los ejes fundamentales que componen este trabajo, debido al análisis que se efectuará a fin de determinar si los jueces con sus decisiones contribuyen a este fenómeno. La seguridad jurídica es concebida como estabilidad de los elementos que componen el ordenamiento jurídico, asimismo como la previsibilidad de las consecuencias que el actuar de los individuos tienen para el derecho, la seguridad jurídica es una manifestación del Estado de derecho, en consecuencia, se la considera como un principio estructurante de este modelo de Estado que está fuertemente al principio de legalidad. (Marinon, 2012)

1.4 Positivismo jurídico.

Es necesario comprender lo básico que compone este concepto, porque es la postura históricamente predominante en el pensamiento jurídico colombiano, y como consecuencia del cambio de modelo de Estado en Colombia ha sido objeto de múltiples críticas que se retomaran en este capítulo.

El positivismo jurídico generalmente se cataloga como una corriente de la filosofía del derecho que se caracteriza por un enfoque empirista y anti metafísico, para el positivismo por lo menos en su concepción primigenia y pura, se parte de la idea de una plena diferenciación entre los preceptos de tipo moral y aquellos que son orientados por la razón científica, en consecuencia derecho y moral son dos formas de regulación de las conductas que son plenamente diferentes y excluyentes entre sí, de igual forma el positivismo propone que las normas que conforman el ordenamiento jurídico se pueden conocer a través de análisis empíricos que tienen como fundamento los hechos sociales que pueden ser observados e interpretados objetivamente, además, se plantea la validez del derecho como

un hecho intrínseco del derecho que está revestido por esencia de una fuerza vinculante u obligatoria que le es propia. (Ross, 2008)

2. EL DERECHO COMÚN Y EL DERECHO CIVIL.

Una de entre las múltiples definiciones que se preguntan por la naturaleza del derecho, afirma que este está compuesto por una estructura tridimensional que se compone de la idea del derecho como hecho, como valor y como norma; es decir, el derecho es un hecho que se da en la sociedad, que está cargado de un valor de un valor social y finalmente es regulado por una norma (Reale, 1997). Esto es importante como bien lo apunta el autor, porque el derecho no es una realidad dada, de aquellas que son lo que son sin necesidad de intervención de la actividad del ser humano, el derecho es una realidad construida que requiere de la participación del ser humano para materializarse, esto significa que es una realidad cultural, que se encuentra necesariamente enmarcada en un contexto histórico, por lo cual se afirma que es una realidad histórico cultural.

Lo anterior, lleva necesariamente a cuestionar por el antecedente histórico del derecho colombiano, que dicho sea de paso, al hablar de contexto y antecedente histórico, estamos aceptando la realidad cambiante del derecho, la transformación a través de las diferentes épocas que sufre la forma de regular las conductas del ser humano, situación que en efecto niega la posibilidad de comprender el ordenamiento jurídico como un conjunto de normas estático e inerte, por cuanto, el cambio en la forma de relacionarse de los individuos a través de los tiempos, los avances en materia de valores producto de la inclusión de nuevas cosmovisiones en las sociedades locales regidas por el Estado nación, el progreso en los paradigmas académicos de los centros de educación modifican de forma drástica la forma en que comprendemos el derecho, de tal forma resulta inexorablemente a afirmar el carácter dinámico del derecho.

Procedamos entonces a ver un sucinto recuento de los dos sistemas jurídicos que han imperado en la historia de occidente, del comparativo elaborado por Rheinstein, (1955).

2.1 Derecho común o common law.

El sistema del derecho común o common law, tiene su antecedente principal en los tribunales reales de Westminster que estaban al servicio del rey de Inglaterra, que gracias a su fuerza centralizadora logro suprimir los demás autoridades que cumplían una función similar en el reino, como fueron los tribunales eclesiásticos o los tribunales de comerciantes, los tribunales reales en cumplimiento de su función con el pasar de los años establecieron un conjunto de costumbres, conceptos, reglas, principios y precedentes que finalmente se consolidaron en la base del derecho común inglés. Este derecho fue llevado a las diferentes colonias del reino por los colonos que frecuentemente eran acompañados de juristas o representantes del rey. (Rheinstein, 1955, p.62)

Las características principales del derecho común entre otras pueden decirse que son las siguientes, obligatoriedad del precedente, consensualidad del derecho o derecho mayormente no escrito, creación judicial del derecho, es casuístico, es de carácter histórico. La obligatoriedad del precedente es la obligación que tiene el juez de respetar lo dicho anteriormente en una decisión judicial, al ser esta la fuente principal en este sistema jurídico es apenas lógica que la decisión previa sea condición de las decisiones futuras, por medio de esta regla se construyen las máximas que finalmente componen el common law. Sin embargo, no se trata de una regla absoluta, a pesar de todo, al juez en este sistema le es dado excepcionalmente apartarse del precedente por razones de su inconveniencia para determinado caso, para lo cual dispone de mecanismos que le imponen la obligación de justificar porque su decisión se aparta del fallo que le precedió. (Rheinstein, 1955, p.67)

Respecto a la característica de consensualidad o derecho no escrito del derecho común, se hace referencia a la falta de una fuente formal, escrita, determinada y preestablecida que tenga la pretensión de compilar todo lo referente a una materia, sin embargo, con esto no se afirma la completa ausencia del derecho escrito, si bien el derecho común tiene también fuentes formales escritas emanadas de autoridad competente, la mayor parte de las normas que compone este sistema jurídico son máximas de derecho creadas por los jueces en sus decisiones, que los mismos jueces tienen en consideración al momento de tomar sus decisiones. (Rheinstein, 1955, p.67)

Según Rheinstein (1955) la creación judicial del derecho es una característica íntimamente relacionada con la anterior, por cuanto, el juez por medio de sus decisiones crea el derecho en este sistema jurídico, y lo hace a través de las máximas de comportamiento que se consolidan en el precedente judicial, de forma que los procedimientos adelantados ante los jueces son el derecho y al mismo tiempo crean el derecho. (p.71)

El ser casuístico como característica del derecho común, es consecuencia de su contacto con la realidad, como forma de regulación de las relaciones humanas, para este sistema jurídico, el derecho se crea a base de casos que son analizados por los tribunales uno a uno, y cada uno de esos casos resueltos tiene la virtud de crear derecho como se afirmó anteriormente. (Rheinstein, 1955, p.72)

El carácter histórico del derecho común, se debe precisamente a la forma en que se crea, su contenido no se agota en una sola fuente consolidada que rige de forma general para un determinado tiempo, su formación responde a una indeterminación temporal, su contenido aumenta conforme la historia avanza y lleva sus conflictos a ser resueltos por el criterio de los jueces, por esta razón este sistema jurídico permanece en constante creación, cada fallo se suma al que le precedió para construir un sistema de derecho que consulta su historia, para decidir su presente y construir su futuro. (Rheinstein, 1955, p.75)

2.2 Derecho civil o civil law.

Este es el sistema jurídico de mayor difusión en los países de Latinoamérica y particularmente el que se acogió en Colombia, en este sentido, el derecho civil entendido como sistema jurídico es nuestro antecedente histórico proveniente de un legado romanista de varios siglos de antigüedad, por este motivo es común que las facultades de derecho nuestra república en los cursos de pregrado se dicte un curso relacionado con el derecho romano.

Para no hacer excesivamente extenso este recorrido, se enunciarán los momentos históricos más importantes del derecho civil, iniciando por la culminación de su ancestro el derecho romano con la compilación realizada por el emperador justiniano (527-565 A. D.) en un cuerpo de normas denominado “corpus iuris civilis” que si bien es cierto no es el primer intento de codificación, si fue el más trascendental que se realizó con el fin de crear una norma general para todo el imperio.

Después de la caída del imperio romano y perdida la codificación realizada por Justiniano, el corpus iuris civilis es redescubierto por los académicos de la edad media, quienes realizaron una actualización del cuerpo de normas que dejó el legado romano a las necesidades de la época, por medio de la inserción de glosas, el resultado fue lo que se conoció como el “Usus modernus pandectarum” que si bien no gozó de plena universalidad en todo el territorio europeo, se mezclaba con las costumbres locales de cada pueblo para lograr una especie de derecho para la época. Posteriormente con la consolidación de los Estados nación, decae la enseñanza común de la normativa general que se daba en las universidades medievales y cada Estado comienza su propio proceso de codificación ajustándose a sus costumbres necesidades e idioma, como fue el caso de Francia en 1804, el código civil alemán en 1896 y el código civil suizo de 1907. (Rheinstein, 1955, p.63)

Pero conviene preguntarse ¿cómo llegó este sistema jurídico a Colombia? Pues al igual que sucede con algunos de los actuales países de Latinoamérica, en su tiempo fueron colonias de España, Estado que siguió las doctrinas del civil law y optó por modelos derecho escrito, inicialmente como lo indica el profesor Fernando Hinestrosa (2006) el territorio que hoy ocupa Colombia, llamado en ese tiempo el “nuevo reino de granada” se regía por las leyes de España y las leyes de indianas, llegado el momento de la independencia se dispuso una legislación que mantenía vigente todas las normas preexistentes durante el tiempo de la colonia en lo que no fueran contrarias a la nueva ley fundamental.

Durante el siglo siguiente se dieron múltiples disputas políticas, donde los territorios liberados buscaban su propia forma de gobernarse, que tuvo como consecuencia la separación de Venezuela y Ecuador, la lucha entre los caudillos del modelo federalista y el modelo republicano (Estado unitario), que alcanzo su final con la promulgación de la constitución de 1886 y la victoria de los centralistas optándose por el modelo de unitario y tomando el nombre de República de Colombia; al año siguiente se expidió la ley 57 de 1887, nuestro vigente código civil, que no es otra cosa que una copia del código civil chileno con ligeras modificaciones, sistema normativo que fue importado de Francia por Don Andrés bello y compartido por este en los Estados de América de sur en un intento de

mantener una unidad social que finalmente nunca se materializó. También por estas épocas se expidió la ley 153 de 1887 que vale aclarar aún se encuentra vigente y es la normativa básica que positiviza máximas de interpretación del ordenamiento jurídico y principios generales del derecho. (Hinestrosa, 2006)

Para concluir con este breve recuento histórico, es necesario hacer mención a nuestro actual estatuto fundamental que reemplazó el texto constitucional de 1886, con la entrada en vigencia de la constitución de 1991, se cambió drásticamente la percepción del sistema jurídico, al incorporar algunas novedades como el cambio de modelo de estado, ya no se habla de Estado de derecho, sino de Estado social de derecho; también se incorporó de forma autónoma un tribunal constitucional que sería la cabeza de la mal llamada jurisdicción constitucional, entre otros cambios trascendentales como el arribo del mecanismo para la protección de derechos conocido como la acción de tutela. La llegada de esta nueva constitución es importante como se verá más adelante porque comienza a romper con el paradigma clásico del derecho civil, entendido como sistema jurídico en el territorio de Colombia, análisis que conviene realizar para comprender los alcances que este nuevo estatuto fundamental está alcanzando a casi treinta años de su promulgación.

Visto lo más básico del antecedente histórico del derecho civil y como llegó a Colombia, pasemos a ver sus características, se dice que el derecho civil en contraposición con el derecho común, el precedente no es obligatorio, es un derecho escrito o formal, la creación del derecho procede de la autoridad competente, es silogístico y es temporal.

Cuando se afirma que en el derecho civil el precedente no es obligatorio, se debe tener presente la misma salvedad que se hizo previamente cuando se observaba la característica de ser obligatorio en el derecho común, es decir, debe considerarse como una característica relativa, porque si bien es cierto que es algo que no se da de forma uniforme en todos los Estados donde el derecho civil tiene aplicación, se cuenta con eventos donde el precedente excepcionalmente es obligatorio, como por ejemplo cuando se ha sentado una línea jurisprudencial o el “stare decisis” o cuando la decisión es proferida por el superior jerárquico. Pero en términos generales lo que prima en el derecho civil es el principio de autonomía judicial. (Rheinstein, 1955, p.69)

Respecto de la característica de ser escrito o formal, se refiere a la fuente principal del derecho, para este sistema jurídico la principal fuente de consulta normativa es la ley en sentido formal, es decir la norma escrita previamente, lo cual no se opone a que ante el vacío de la norma se puedan acudir a otras fuentes de derecho no escrito como la costumbre, como sucedía en los tiempos de la edad media, que si bien se tenía el “*usus modernus pandectarum*” se complementaba este con las costumbres locales para dar soluciones que atendieran a las necesidades de la época.

En este sistema jurídico la creación del derecho está subordinada en su mayor parte a la autoridad competente, que dependiendo del momento histórico y el contexto del Estado puede variar su nombre, así, por ejemplo, en su momento la autoridad pudo ser el rey, el

dictador, el senado, el parlamento o cualquier otro nombre que reciba el encargado de emitir la norma escrita que está llamada a ser aplicada por el juez. (Rheinstein, 1955)

El carácter silogístico del derecho civil hace referencia a la forma en que se aplica la ley, en este sistema jurídico se debe partir de la premisa general que es la ley, y acomodar el hecho social a lo reglado por la autoridad competente. Para el derecho civil todo se encuentra regulado por la ley o por lo menos la mayor parte de los hechos posibles, y al juez le corresponde la única tarea de llevar la ley al caso concreto, de aquí, que se cometa frecuentemente el equívoco de denominar al juez como un operador judicial, esta visión simplificada de la función de la jurisdicción no corresponde a lo complejo del ejercicio función realizada por los togados, por lo menos en nuestros días. (Rheinstein, 1955, p.68)

Respecto a la temporalidad del derecho civil hacemos referencia a su carácter transitorio, las normas emitidas por la autoridad deben estar en constante cambio y revisión para poder estar acorde a las necesidades sociales, de no ser así se estaría en presencia de ordenamiento jurídico que cae en desuso. (Rheinstein, 1955)

En este punto se pueden realizar las primeras apreciaciones respecto a la pregunta de investigación que se ha planteado, como se puede observar la tradición en cuanto a sistema jurídico que siguió el ordenamiento jurídico que se estableció en Colombia, forma parte de la construcción del derecho civil, donde la fuente principal del derecho es la ley, y quien exhibe la calidad de autoridad competente para crearla de forma regular en nuestro contexto, es el congreso de la república, sobre el recae la titularidad de la función legislativa en nuestra país, desde aproximadamente unos ciento treinta años, y corresponde a los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional velar por su cumplimiento y aplicación, esto como forma de prevenir los abusos que la concentración de poder puede generar, y dar tranquilidad a los ciudadanos en razón a la posibilidad de ser juzgados por una autoridad diferente a la que crea la norma. Situación que como se verá más adelante, a partir de la constitución de 1991 se ha visto modificada de forma drástica.

De acuerdo con lo dicho anteriormente, tenemos entonces que la función jurisdiccional en el sistema del derecho civil, esta principalmente orientada a dar cumplimiento a la norma que expide el órgano legislativo del Estado, siendo esta la primera fuente de consulta normativa obligatoria para la autoridad que tiene como función determinar el derecho. Por otra parte, en el sistema del derecho común, es completamente normal que el juez sea quien cumpla la función creadora del derecho, por lo cual para ellos no es novedoso, ni inquietante que un juez a través de sus decisiones imponga la obligación de acatar una nueva regla que no se encontraba previamente escrita y vigente dentro del ordenamiento jurídico. A pesar de esta marcada diferencia, dentro del sistema del derecho civil, incluso en los días de vigencia del Estado de derecho, los jueces cumplían una función similar, especialmente cuando se encontraban contradicciones o antinomias por la falta de rigurosidad técnica en algunas disposiciones del ordenamiento jurídico y dictaban el sentido o interpretación que se debía dar a un determinado concepto, asimismo cumplían esta función cuando para evitar sentencias inhibitorias complementaban el derecho a través

de la aplicación de herramientas como la analogía o el uso de la costumbre. Se aprecia de esta forma como la función del juez no es la simple aplicación del derecho, su función jurisdiccional le otorga la posibilidad y obligación de integrar el ordenamiento jurídico para poder administrar justicia de forma efectiva, en consecuencia, se puede afirmar que la función de creación del derecho por parte de los jueces no es algo novedoso en el sistema del derecho civil, aún en el contexto del Estado de derecho, donde la aplicación del principio de legalidad tiene un tinte más estricto.

3. APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO BÁSICO QUE DEBE OBSERVAR EL JUEZ AL MOMENTO DE PROFERIR UNA SENTENCIA.

En este aparte se pretende abordar una cuestión que es el eje central de la discusión que se aborda en este texto, nos aproximaremos al problema de las fuentes del derecho en Colombia, y el rol que cumple la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico nacional. Como se observó en el primer capítulo, el análisis de fuentes se puede realizar desde una postura típicamente formalista, con una interpretación ceñida a la expresa literalidad de la norma, que para el contexto colombiano tiene por expresa consagración constitucional como la fuente preponderante la ley, y establece como criterios auxiliares de decisión judicial criterios como la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina; esto al tenor literal del artículo 230 constitucional, que debe complementarse con establecido en el artículo 4 que estipula la supremacía constitucional por sobre la ley y en términos generales cualquier otra norma jurídica y termina por establecer la regla técnica de interpretación que ordena aplicar la norma constitucional sobre toda otra norma que resulte incompatible con ella.

Esta forma de interpretación es producto de la tradición jurídica a la que históricamente adhiere el sistema normativo colombiano, de corte positivista y legalista que adhiere una estructura jerárquica piramidal heredada del derecho romano y francés, en este sentido, por ejemplo, autores como Mario G. Losano, reconocen la importante influencia que ha tenido el pensamiento positivista impulsado por Hans Kelsen en su teoría pura del derecho en la forma en que se ha organizado generalmente los sistemas jurídicos occidentales, que salvo las excepciones del sistema anglosajón, generalmente los Estados nación modernos, han optado por sistemas jurídicos piramidales. (Losano, 2005, p.164)

Continuando con lo propuesto por este autor, vemos que los sistemas jurídicos piramidales adoptaron esta forma principalmente con el propósito de organizar de forma coherente y sistemática las normas que componen el derecho de un determinado Estado, de esta forma el sistema jurídico puede regular la producción de nuevas normas y también corregir aquellas que no encuentren correspondencia con las que tienen superior jerarquía, para esto se sirve de ejemplo de la norma de rango legal que va en contra de aquella de rango constitucional, será objeto de análisis del tribunal constitucional, o la sentencia que no corresponda a la ley será objeto de un juicio de apelación. (Losano, 2005, p.165)

Hasta este punto se puede evidenciar como el clásico pensamiento positivista de principios del siglo XX todavía tiene fuerte influencia en los ordenamientos jurídicos de los Estados modernos, por ser una forma de organización que permite tener un manejo coherente, organizado y sistemático de las disposiciones jurídicas en sus diferentes niveles, por eso no es de extrañar que la Constitución de 1991 retomara este esquema, recicló la clásica estructura piramidal de la escuela positivista al momento de establecer su sistema de fuentes, que realizando una sana interpretación del texto constitucional, tiene en su cúspide la constitución política por expreso mandado del artículo 4, seguido de lo dispuesto por el artículo 93 que otorga prevalencia a los tratados internacionales sobre el orden interno en lo referente al reconocimiento de derechos humanos y finalmente lo dispuesto por el artículo 230 que estipula la ley como criterio preponderante, y concluye con la equidad, jurisprudencia, principios generales del derecho y la doctrina como fuentes auxiliares.

Se puede realizar un pequeño énfasis en el criterio auxiliar denominado jurisprudencia como fuente del derecho, por ser parte importante del análisis que se emprenderá en líneas posteriores, además, por ser un criterio que presenta un nivel de complejidad superior a los demás criterios que la constitución considera de igual categoría y ser una de las fuentes de consulta más relevante para el derecho.

López (2006) hace un análisis histórico del avance que ha tenido el precedente judicial en el contexto colombiano en su obra el “derecho de los jueces” que es retomada posteriormente por Pedro Javier Barrera Varela en un intento de reforzar la idea que en este capítulo se propone. El autor plantea un problema académico que influye en la interpretación que realizan los novicios en la formación del derecho respecto del ordenamiento jurídico, se refiere al sesgo formalista y positivista de las fuentes del derecho que se mencionó anteriormente, es decir, la visión escalonada de las fuentes del derecho, que limita a criterio auxiliar a la jurisprudencia, en su concepto, este análisis merece realizarse desde por los menos dos momentos, antes y después de la expedición de la Constitución de 1991.

Es necesario hacer una precisión respecto de la jurisprudencia como fuente del derecho, como apunta Barrera Varela, se debe distinguir la diferencia entre el concepto jurisprudencia que se entiende como el resultado del ejercicio de la actividad judicial; y el concepto de precedente judicial, que no es otra cosa que el conjunto de decisiones judiciales coherentes que se dictan sobre un mismo punto de derecho. (Barrera, 2014)

Con base en la anterior distinción y dejando claro que lo que tiene peso relativo como fuente del derecho es el precedente judicial, podemos auscultar el progreso histórico que ha tenido el precedente en el sistema jurídico colombiano, según Medina (2006) cuando se inició el proceso de codificación del estado colombiano a partir de la imposición del sistema centralista y unitario adoptado por la constitución de 1886, la principal preocupación de los dirigentes de la época era la concentración de la creación normativa en las autoridades del orden nacional, principalmente se pretendió otorgar esta potestad al legislativo como organismo de deliberación política, y se estipularon sendas normas

orientadas a excluir la posibilidad de creación normativa por parte de quienes formaban parte del ente jurisdiccional en cabeza de la Corte Suprema de Justicia de la época, otorgando en exclusiva la facultad de interpretación normativa a los miembros de legislativo.

Sirve recordar lo ya visto respecto del ADN del sistema normativo al que se afilia el derecho colombiano y su tradición marcada por los principios del civil law como se indicó de la mano de Rheinstein (1955) particularmente una de las preocupaciones del derecho escrito que tenían los códigos postrevolucionarios de Europa era garantizar la que la ley como manifestación de la voluntad general soberana fuese la fuente preponderante del derecho, y limitar la partición de la costumbre y la jurisprudencia en la creación normativa, por considerar que éstas respondían a intereses particulares que sostenían en el tiempo intereses de clases sociales privilegiadas que atentaban contra los principios de impersonalidad, igualdad y generalidad que se asentaron en el ideal político europeo de finales de siglo XIX. (Lopez, 2006)

A pesar de los esfuerzos por limitar la participación de los jueces en la creación e interpretación del ordenamiento jurídico, las pretensiones de crear un sistema omnicompreensivo de las problemáticas sociales que formulaba el pensamiento legalista, formalista y positivista que se implementó con la constitución de 1886, las fallas y los vacíos normativos no se hicieron esperar, por esta razón se hizo necesario importar el concepto que los franceses denominaron “jurisprudence constante” y que en la doctrina española adoptó el nombre de “doctrina legal” conceptos que en resumen implican la sujeción de los jueces de inferior jerarquía a las decisiones coherentes y consistentes sobre un mismo punto de derecho que realizaran las cortes de la mayor jerarquía.

En consecuencia, se produjo la inclusión en el ordenamiento colombiano mediante la ley 61 de 1886 una causal de casación de las sentencias proferidas por los tribunales que no respetaran la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, posteriormente con el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, la causal de casación se convirtió en una regla de interpretación que implicaba para el juez de instancia la obligación de observar el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación, cuando hubiese proferido por lo menos tres decisiones en el mismo sentido. El fortalecimiento de la doctrina legal continuó con la expedición de la Ley 105 de 1890 que redujo el número de decisiones uniformes a solo dos. (Lopez, 2006)

No obstante las nuevas atribuciones con las que se reforzaba a la Corte suprema, según López (2006) se presentaron por esta corporación fundadas críticas contra la doctrina legal impuesta por las leyes antes mencionadas, en el entendido que éstas normas petrificaban de forma prematura la jurisprudencia al obligar a la Corte a expresar su decisión en forma de norma general como si se tratara de una complementación de la función legislativa, por lo cual la modificación de las decisiones aun cuando la ciencia jurídica demostrara el error en la interpretación era prácticamente imposible, esto en lo referente a la precedente horizontal; respecto al precedente vertical la corte también presentó objeciones por

considerar que lo vinculante del precedente no debía ser la regla formalmente establecida, sino los argumentos que de fondo se presentan sobre el caso, es decir, lo vinculante del precedente debe necesariamente la ratio decidendi.

Mediante la Ley 169 de 1896 se acogieron las críticas realizadas por la Corte Suprema de Justicia, se modificó el precepto “de doctrina legal” en favor de la idea de la “doctrina probable” permitiendo corregir el precedente horizontal, en otras palabras, la Corte Suprema tenía la potestad de modificar su precedente cuando identificara que de acuerdo con las condiciones de la ciencia jurídica o el paso del tiempo era necesario replantear su análisis sobre un determinado punto de derecho. Igualmente, respecto del precedente vertical se realizó modificación estableciendo que para el juez de inferior jerarquía la “posibilidad” de aplicación del precedente de la Corte Suprema, con esta incorporación legislativa se adoptaba por el sistema jurídico colombiano el sistema de jurisprudencia libre siguiendo los pasos de la doctrina francesa. Estas conclusiones se atribuyen a Antonio José Uribe y fue la postura que pacifica que sostuvo la doctrina colombiana por más de un siglo. (Lopez, 2006)

Conviene en este punto llamar la atención sobre varios asuntos, porque con este recorrido histórico estamos evidenciando no solo el progreso del precedente judicial como fuente formal del derecho, sino además, el reflejo de principios y conceptos que serán de mucha importancia en líneas posteriores, se presentan en las tensiones vistas ideas como la colaboración “armónica” de los poderes públicos y las atribuciones de legislador negativo que se atribuyen al poder judicial. También es posible identificar como el planteamiento típicamente exegetico de la concepción postrevolucionaria reblandece ante la falta de capacidad de abarcar todos los escenarios posibles de conflicto social por parte del derecho escrito, aun en tiempos donde no se tenían los retos a que se enfrenta la sociedad informática de la actualidad.

El segundo momento que propone el autor López (2006) respecto de la teoría del precedente en Colombia, por los cambios tan significativos que la llegada de la constitución de 1991 tuvo en el entendimiento del rol de los jueces y más concretamente el nuevo tribunal constitucional y como su jurisprudencia modifica la comprensión tradicional del precedente que se tenía desde finales del siglo XIX, también como esta interpretación juega un papel importante en planteamientos que se realizaran respecto de la seguridad jurídica y el rol ya no de legislador negativo del juez, sino un paso más allá cuando se vea la connotaciones de constituyente negativo que ha tenido la interpretación de la corte.

Este segundo momento del precedente judicial de acuerdo con el autor, está marcado por la iniciativa del ejecutivo que pretendía con el decreto 2067 de 1991 establecer una teoría fuerte del precedente, otorgando por esta vía un carácter obligatorio a las decisiones del tribunal constitucional que el decreto denomina doctrina constitucional. Frente a esta situación la posición de la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero en sentencia C-131 de 1993 fue rechazar la iniciativa del ejecutivo. (Lopez, 2006)

La Corte Constitucional establece en esta decisión, que solo a esta corporación le compete determinar el alcance de los efectos de sus sentencias, de acuerdo con la interpretación que se desprende de los artículos 241 y 243 de la constitución política. Expresando de paso que las sentencias de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada, y tienen efectos de obligatorio cumplimiento las razones que fundamentan la decisión y la parte resolutive; deja solo con efectos de criterio auxiliar lo expresado en la obiter dicta expresada en su providencia. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-131, 1993)

La interpretación utilizada por la Corte constitucional es acusada de ser restrictiva del alcance que pueden tener las decisiones de esta corporación, por cuanto en esta oportunidad se restringe el valor de la cosa juzgada constitucional a las sentencias de constitucionalidad, cuando el decreto del ejecutivo pretendía darle ese valor a todas las providencias que emitiera el órgano constitucional. (Lopez, 2006)

Pese a tener un inicio que mantenía el equilibrio de la interpretación centenaria de las fuentes del derecho con la Constitución de 1991, la corriente reformadora de la corte constitucional permaneció latente al interior de la Corte Constitucional, fue hasta las sentencias C-083/95 y T-123/95 que se plasmaron en la doctrina constitucional posturas de una teoría fuerte del precedente.

La primera teoría se enfocó en el análisis de constitucionalidad que se realizó respecto del artículo 8 de la ley 153 de 1887, en esta sentencia con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, se realiza una precisión que modifica sustancialmente el entendimiento del concepto de precedente, la Corte argumenta que no es posible entender la interpretación que de la ley que realiza la Corporación como jurisprudencia, que se entiende como un fenómeno diferente que cataloga en dos conceptos diferentes, la primera la denomina doctrina constitucional integradora que tiene como característica ser fuente formal de derecho y por lo tanto de obligatorio cumplimiento dentro del ordenamiento jurídico, esta forma de doctrina constitucional se produce cuando el vacío del ordenamiento es subsanado por la interpretación directa de la constitución que realiza su “máximo interprete autorizado”; por parte de la doctrina constitucional interpretativa, se afirma que al igual que la jurisprudencia tiene el carácter de ser criterio auxiliar de interpretación. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-083, 1995)

Por otra parte, con la sentencia T-123/95 con Ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se analiza un caso en el cual no se respetaron precedentes de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado por parte de una entidad pública encargada de realizar la ejecución de una obligación. Se aprovechó por parte de la Corte Constitucional para en primer lugar reiterar la concepción sobre el sistema de fuentes, estableciendo mediante su interpretación un sistema fuerte del precedente judicial, que, si bien no estipula la obligación absoluta de vinculación a las decisiones de las altas cortes en general, si impone la carga argumentativa a quien se desvincula del precedente de justificar con razones suficientes los motivos de su disidencia, lo anterior encuentra su justificación para la corte con base en el principio de igualdad que aplica para todas las personas que en un

caso similar tienen derecho a ser juzgados de forma coherente. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-123/95)

Con el avance de la teoría fuerte del precedente al interior de la Corte Constitucional, que haciendo uso de su propia jurisprudencia se modificaba el entendimiento tradicional de las fuentes del derecho propuesto en la Constitución de 1991, se tuvo por parte del Congreso una respuesta legislativa con la ley 270 de 1996, en un intento por controlar la interpretación extensiva que la Corte Constitucional realizaba para aumentar el valor del precedente judicial y particularmente de la doctrina constitucional. En este sentido el artículo 48 de la ley 270 de 1996 otorgaba al Congreso de la República la facultad de interpretación del ordenamiento jurídico y limitaba a la parte resolutive de la sentencia los efectos de obligatorio cumplimiento.

La respuesta de la Corte constitucional se dio a través de la Sentencia C-037/96 y haciendo uso de los argumentos expresados en las sentencias Sentencia No. C-131/93 y Sentencia No. C-083/95 consideró que la función interpretativa que la Constitución otorga al Congreso se restringe a materia legislativa, además arguye que la guarda y la supremacía de la constitución confiada a la Corte constitucional constituye una autorización en favor de esta corporación para interpretar con autoridad el texto de 1991, siendo la corte la llamada a definir el alcance de los preceptos constitucionales y por este motivo la doctrina constitucional tiene un carácter obligatorio general. (Lopez, 2006)

Finalmente, para concluir este recorrido del precedente judicial en Colombia y el papel que juega la jurisprudencia dentro de las fuentes del derecho, López (2006) considera que la Sentencia C-836/2001 como el cierre del proceso de construcción de la teoría fuerte del precedente en Colombia, principalmente porque se constituye en un contra argumento a la teoría centenaria de la jurisprudencia libre propuesta por Antonio José Uribe; la corte en esta sentencia, desvincula la interpretación tradicionalista del artículo 4 de la ley 169 de 1896 afirmando que en su momento la vulneración del precedente constituía causal de casación o revisión, solo a través de una interpretación posterior por parte de la Corte Suprema de la época se entendió como una alternativa para el juez el aceptar el precedente, disminuyendo el alcance del sentido natural de la norma

La corte afirmando que la ley demanda se puede interpretar bajo los lineamientos de la constitución de 1991, expone que la fuerza normativa de la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria proviene de la autoridad conferida por la constitución, del principio y el derecho a la igualdad que se desprende del artículo 13 constitucional que prescribe la igualdad ante la ley y prerrogativa del trato igual en condiciones similares por parte de las autoridades; el principio de buena fe y la seguridad jurídica, respecto de la confianza legítima en la conducta de las autoridades; y por el progreso de la interpretación de la norma producto de la constante confrontación con la realidad social que el análisis judicial realiza. (Lopez, 2006)

Con la sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional hace precisiones importantes respecto del sistema de precedente que conforme a la Constitución de 1991 es aplicable en Colombia, en primer lugar, como se vio anteriormente, para esta corporación en el marco de la nueva constitución ya no es posible hablar de un sistema de precedente libre, por cuanto el derecho a la igualdad debe ser garantizado no solo en cuanto su contenido formal, sino también desde su dimensión material, por esta razón, para la Corte Constitucional los jueces y principalmente los que no pertenecen a una alta corte, no pueden apartarse arbitrariamente del precedente, venciendo de esta forma la idea del criterio de auxiliariadad de la jurisprudencia.

De la misma forma la Corte no implementa la idea de un sistema fuerte de precedente, por razón de la autonomía judicial que reconoce la constitución a la labor jurisdiccional, además considera que la idea fuerte del precedente lleva a la petrificación de la interpretación, alejándola de su función verdaderamente integradora que propende por la actualización del sistema jurídico a las eventualidades que presenta la realidad social.

En este orden de ideas, la corte emplea un sistema mixto o ecléctico que retoma la idea de obligatoriedad el precedente pero no de forma absoluta, relativizando la autonomía judicial por cuanto el juez no tiene pleno arbitrio al momento de proferir su decisión, este debe consultar el estado de la jurisprudencia de las altas cortes, sin embargo esta carga no es absoluta, porque se establece la posibilidad para los togados de alejarse de la interpretación dominante de la norma, siempre que encuentren que ésta ya no responde a la realidad social o por encontrar una disparidad fáctica que justifique adoptar una decisión en sentido diferente; esta situación se denomina “cambios prospectivos” y tiene como finalidad permitir al juez realizar apuestas interpretativas en determinadas situaciones en que se presenten como necesarias. También se debe apuntar que para separarse válidamente del precedente el juez debe cumplir con dos cargas, una primera que es la carga de transparencia que implica para el juez del deber de denunciar el precedente del cual se aparta y la segunda carga es argumentativa que corresponde al deber del juez de brindar argumentos amplios y suficientes que permitan entender el motivo de su disidencia interpretativa. (Lopez, 2006)

Respecto de la carga de transparencia se puede afirmar que es una auto restricción en el precedente que pretende verificar los argumentos que sostenían una interpretación sobre un punto de derecho, por eso se le impone al juez la obligación de retomar en extenso las decisiones que sobre la materia se hayan adoptado y reconstruir de forma suficiente las razones de dicha interpretación, en otras palabras, no basta para cumplir con esta carga el mero reconocimiento de existencia de un precedente, debe el juez hacer un proceso de ingeniería argumentativa para extraer el contenido íntegro de las decisiones de las que se pretende apartar. Lo que se pretende con esta carga es elevar el estándar argumentativo y mantener la unidad del precedente procurando que las decisiones disidentes sean de una técnica argumentativa muy avanzada.

Por parte de la carga de argumentación, López medina en reconstrucción de lo expresado en la Sentencia C-836 de 2001, estima que cumplida la carga de transparencia, el juez debe realizar la fundamentación de las razones que lo llevan a tomar una decisión disidente, en razón del principio de igualdad que impone la constitución y enumera las razones con las que comúnmente se puede dar por cumplido este requisito: cambios legislativos, cambios sociales, políticos y económicos que hacen obsoleta o injusta la aplicación de la doctrina vigente; o porque las altas cortes consideren errónea la jurisprudencia por ser contraria a los principios, fines, principios y derechos que fundamentan el ordenamiento jurídico. (Lopez, 2006)

Con lo visto hasta este punto se tiene una aproximación básica a la normativa primordial que, según la doctrina imperante en nuestro país, regula la forma en que deben interpretar los jueces el ordenamiento jurídico y los principios que regulan la actividad judicial, por lo que se procederá a realizar un breve recuento con fines a dar claridad y cumplir con uno de los objetivos principales de este capítulo.

En primer lugar, encontramos los preceptos constitucionales dados por el texto de 1991, en particular se debe tener presente el artículo 4 de la constitución que establece la supremacía constitucional dando la regla de interpretación que ordena que en caso de incompatibilidad entre cualquier norma jurídica y a la constitución se debe los preceptos constitucionales; seguidamente se debe considerar el artículo 93 y 94, que han sido comúnmente utilizados para justificar la existencia del bloque de constitucionalidad que tiene como efecto la ampliación del espectro constitucional por la incorporación de normas de derecho internacional que pueden ser aplicadas de forma directa al interior del ordenamiento jurídico y que además sirven como criterio de interpretación para el pleno entendimiento del alcance de los derechos humanos; y el artículo 230 que establece la obligación por parte de las autoridades judiciales de su sometimiento a la “ley” que debe entenderse como el ordenamiento jurídico en su integridad.

En segundo lugar, a nivel legislativo se tiene lo dispuesto por la Ley 153 de 1887 en cuanto a las pautas generales que se establecieron en ella para la interpretación de las leyes y los criterios de solución en caso de conflicto entre normas, además las modificaciones realizadas por las leyes 105 de 1890 y 169 de 1896 que fueron enunciadas anteriormente. En tercer lugar, a nivel jurisprudencial y valga la aclaración, donde se encuentra la mayor parte del desarrollo de la postura dominante actualmente en tema de precedente judicial en Colombia, se retomaron las sentencias C-131/1993 donde la Corte Constitucional aún con una visión muy tradicionalista del precedente rechaza la iniciativa del ejecutivo de extender normativamente los efectos de la jurisprudencia, con base en los artículos 241 y 243 de la constitución y afirma que solo a la Corte Constitucional le compete determinar el alcance de sus providencias que además tienen el carácter de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para las autoridades y los particulares.

La sentencia C-083/1995 por medio de la cual la corte retomo el concepto de doctrina constitucional y lo cataloga en sus vertientes de doctrina constitucional integradora, con

efectos de cosa juzgada por su nexos argumentativo con la parte resolutoria; y como doctrina constitucional interpretativa; por otra parte, con la sentencia T-123/1995 que confirma la idea de un precedente judicial fuerte en Colombia, bajo el argumento del derecho a la igualdad que estipula el artículo 13 constitucional se impone para los jueces la obligación de justificar fuerte y razonadamente sus razones de disidencia con el precedente. Finalmente, con la sentencia C-836/2001, se retoman todas las sentencias anteriores y se concreta el sistema ecléctico o relativo de jurisprudencia y se hace extensiva la idea de precedente vinculante a la interpretación realizada por todas las altas cortes del país.

A pesar de todo, la discusión sobre el tema de fuentes sigue sin ser un tema terminado, por eso no extraña el análisis que hace realiza Barrera Varela, cuando se cuestiona por qué al interior del derecho administrativo se debió incluir la jurisprudencia del Consejo de Estado como fuente directa del derecho con la ley 1437 de 2011, cuando de acuerdo a la jurisprudencia nacional, las providencias de las altas cortes son fuente directa independientemente si se encuentran o no reconocidas de esa forma por el derecho positivo. (Barrera, 2014)

4. LA DECISIÓN JUDICIAL Y SU BUSQUEDA DE LOGRAR LA REALIZACIÓN DE VALORES SOCIALES.

Para la teoría del derecho, es una pregunta de vieja data la referente a cómo deben los jueces tomar sus decisiones conforme a derecho, cuáles son los criterios que orientan el ejercicio de la función judicial. Esta pregunta ha tenido una buena cantidad de doctrina académica y judicial dedicada a su solución, y dependiendo de la formación que el profesional en derecho haya elegido, podrá sentirse cómodo definiendo una determinada postura, hemos visto ejemplos de cómo la tradición del sistema normativo influye en esta decisión, así como algunos criterios normativos desde las fuentes del derecho que imponen la trascendencia del precedente, a estas categorías jurídicas se le suman otros criterios que permiten orientar el sentido de la decisión judicial.

Siguiendo lo expuesto por Carbonell (2015) en su análisis referente a la corrección de la decisión judicial, manifiesta la existencia de múltiples estándares que permiten evaluar la corrección de la decisión judicial, entre los que figura por ejemplo, la corrección lógica de la decisión, esto es la correspondencia entre la decisión y las premisas de hecho que forman parte del análisis que realiza el funcionario judicial; también propone un aparte donde aborda la corrección jurídica mínima, donde se refiere a la correspondencia entre el presupuesto normativo que debe cumplir con todas las reglas de la validez formal y procesal de la norma y la decisión que finalmente se debe adoptar en derecho.

La misma autora propone el criterio de corrección axiológica sobre el cual haremos un pequeño énfasis por su relación con el tema que se expone, en este sentido vemos en el texto de la autora, algunas de éstas posturas representativas del pensamiento de reconocidos ius-filósofos contemporáneos; así por ejemplo retoma las propuestas de las tesis positivistas y las tesis racionalistas, que niegan en su mayoría la conexión existente entre

el derecho y la moral con fundamento en la negación de un objetivismo moral imperante, interpretativamente reconocen la posibilidad de múltiples respuestas para un mismo conflicto jurídico, debido a la abstracción y generalidad de la norma, pero también afirman que dentro de este abanico de opciones hay interpretaciones más correctas que otras, generalmente cuando atienden el contexto del problema que pretenden solucionar. (Carbonel, 2015)

La crítica que suelen recibir estas teorías es que aceptan un amplio margen de discrecionalidad judicial, y para ello terminan por recurrir a criterios metajurídicos que en el fondo no son más que una justificación académica para la adopción de criterios de tipo moral o de valores sociales que terminan por debilitar el argumento racionalista puro.

Por otra parte, las tesis moralistas, que en resumen tienen como punto de partida el reconocimiento del vínculo necesario que existe entre el derecho y la moral, la norma y la ética, que tiene como consecuencia lógica según esta tesis, la posibilidad para el juez de apartarse de la estricta literalidad de la norma positiva para perseguir los fines axiológicos del derecho. Estas teorías son el fundamento del criterio de corrección axiológico, son una forma de ajuste entre la norma en comparación con un criterio moral o de valores sociales, que tiene generalmente como proyecto la realización de valores como la justicia, la equidad o la bondad. (Carbonel, 2015)

En este sentido Prieto (2006) también reconoce la conexión existente sobre el derecho y la moral, y transfiere el discurso al contexto del derecho constitucional donde necesariamente se ha impuesto una suerte de moral social a través de las relaciones intersubjetivas de los individuos que se consolidan por medio de la política en las constituciones de cada nación, que da como resultado la existencia de una moral de Estado que está ligada al concepto de legitimación interna y, por otra parte se tiene la idea de la legitimación externa que corresponde a la moral individual que forma parte de la construcción que como individuo autónomo tiene quien realiza el juicio de validez de la norma en un determinado caso.

Una postura similar plantea Carrillo De La Rosa (2011), cuando afirma que los sistemas jurídicos modernos llevan a la crisis del planteamiento del iusnaturalismo clásico y al pensamiento positivista, respecto del iusnaturalismo para este autor ya no es posible la consideración de la existencia de dos ordenamientos separados, uno supra ordenado que sería el sistema moral que subordina a otro que sería el ordenamiento positivo, esto por razón de vincularse los preceptos morales que preponderan en el Estado al interior de la constitución, es decir el vínculo necesario entre derecho y moral se logra con la incorporación de los derechos fundamentales como criterio universal de moralidad jurídica, siendo de esta forma la moral parte integrante del derecho positivo.

Respecto del pensamiento positivista dice el mismo autor, que para la vertiente excluyente del positivismo, es decir, aquella que niega tajantemente la posibilidad de una conexión entre el derecho y la moral, entra en crisis debido al cambio de paradigma que trae consigo los sistemas constitucionalistas, para el positivismo excluyente no es necesario recurrir a

criterios morales o juicios de valor para determinar la validez del ordenamiento jurídico, pero con la imposición del constitucionalismo, la integración de valores sociales en el derecho positivo, se presentan tensiones que hacen necesario en el análisis del juez la inclusión de criterios axiológicos y valorativos de la norma, es decir, el mismo ordenamiento jurídico obliga al juez a considerar valores como la justicia o la equidad al momento de tomar decisiones.

Por otra parte, si bien positivismo incluyente no sufre de la misma crisis, porque su propuesta admite eventualmente la relación entre derecho y moral, producto de la aceptación de la teoría de las fuentes sociales, sin embargo, para este autor la postura positivista falla al considerar como eventual el nexo entre derecho y moral, siendo realmente este un vínculo necesario. (Carrillo De La Rosa, 2011)

El ordenamiento jurídico colombiano no es ajeno a la realidad que vincula al derecho con la moral, dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, hay ejemplos de cómo los criterios axiológicos pueden constituirse en argumentos para la decisión judicial, cuando en determinados eventos y en acompañamiento de otras razones de tipo jurídico pueden orientar al juez a tomar una decisión que permita desarrollar un derecho más justo.

En este sentido López (2016) al analizar la sentencia C-404 de 1998, encuentra que entre los argumentos de la Corte Constitucional para sostener la prohibición del incesto se esgrimen además de razones netamente jurídicas, criterios axiológicos que sirven para dar un fundamento más sólido a la conclusión que arriba el tribunal constitucional, en este sentido enumera los argumentos esgrimidos por la corte en tres grupos: La primera, corresponde a una argumentación de tipo racional, fundamentada en el carácter objetivo que la ciencia aporta a la discusión; una segunda, corresponde al criterio netamente moral o axiológico que sirve como estándar de orientación para determinar si una determinada conducta esta prescrita de forma universal y atemporal por la sociedad en general; y un tercer argumento que es una garantía jurídica desde la óptica de los valores sociales positivizados en el ordenamiento jurídico, que consagra el deber de respetar la dignidad humana, entendiendo que las razones morales adoptadas no denigran la condición humana de los sujetos a quienes restringe en su libertad y no es el resultado de una discriminación irracional, en otras palabras los argumentos morales esgrimidos no pueden constituirse en razones para violentar los derechos de las minorías. (López, 2016)

5. CONCLUSIONES.

Se ha tratado hasta este punto de demostrar a través de criterios de tipo histórico, normativo y axiológicos, una postura diferente a la exhibida en el primer capítulo de este texto, más cercana a la visión que tienen las altas cortes de Colombia sobre cómo debe interpretarse el ordenamiento jurídico.

Como se pudo observar en el primer capítulo, se opta por una versión positivista, legalista, formalista y un poco exegética del derecho, donde se prioriza el texto legal, es decir, se

trabaja la interpretación del ordenamiento jurídico desde un formalismo en las fuentes del derecho que propone el artículo 230 constitucional que establece una jerarquía de fuentes que impone una visión piramidal del orden jurídico como lo propuso en su momento Hans Kelsen.

Por otra parte, en el segundo capítulo se reconstruye una hermenéutica compleja que sigue abriéndose camino entre la doctrina mayoritaria de Colombia, que abandona lentamente el modelo de sistema jurídico que históricamente ha adoptado el país a lo largo del tiempo. Actualmente sería muy difícil concebir el ordenamiento jurídico colombiano dentro de un sistema de civil law puro, en primer lugar por el papel tan activo que la rama judicial desempeña en nuestro Estado, pero no solo por ese motivo, recordemos que una de las características fundamentales del derecho civil era su carácter silogístico, es claro en estos momentos que la jurisprudencia de las altas cortes rompe actualmente con esa idea, pero además, la vinculación del orden jurídico internacional de forma preferente en el cuerpo normativo colombiano por disposición del artículo 93, obliga a que los jueces de la república consulten fuentes normativas que externas para garantizar la justicia en sus decisiones.

Igualmente se rompe con la idea como se concibe el precedente judicial, recordemos que la concepción tradicional del precedente producto de la fuerte vinculación con el sistema jurídico del derecho civil, lo toma como un mero criterio auxiliar de interpretación, que sirve como argumento para fundamentar la decisión judicial en aras de garantizar la mejor providencia posible, pero que no tiene la virtud de vincular la voluntad del juez, porque cada caso se resuelve por el mérito de sus hechos, la ruptura histórica la da la constitución de 1991 y en propiedad la interpretación que de ella realiza la Corte Constitucional, que como se ha dicho en múltiples ocasiones impone un sistema de obligatoriedad relativa del precedente en virtud de la aplicación del artículo 13 constitucional; consecuencia de lo anterior, se muestra que para el juez el ordenamiento jurídico no es letra muerta que simplemente debe aplicar a criterio lo expresado en la norma jurídica por el legislador, sino que además debe develar el contexto social en el que toma su decisión y reflexionar sobre el impacto que la decisión que esta por tomar pueda tener en la sociedad.

De acuerdo con todo lo expresado anteriormente, puede comprenderse con mayor facilidad la razón por la cual el simple texto legal no vincula necesariamente la decisión judicial, que requiere de un ejercicio hermenéutico complejo, que obliga a comprender la tridimensión que compone el derecho, acercándonos al ejemplo propuesto en el primer capítulo, para la Corte suprema de Justicia como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, le es dable reconocer eventos donde pueda restringir el alcance de derechos de los individuos en aras de garantizar un orden justo, por esa razón justifica la aplicación de conceptos como la carga dinámica de la prueba en materia penal, en casos ultra excepcionales pese a la prohibición normativa expresa y por principios generales del derecho que para esta materia rige. En este sentido podemos afirmar que no se trata de un prevaricato, por no se está en presencia de una decisión arbitraria de la autoridad

competente, sino de una aplicación extensiva del ordenamiento jurídico que busca garantizar el cumplimiento de los fines del Estado.

CAPITULO III: INTERPRETRACION Y ACTIVISMO JUDICIAL.

En este capítulo se pretende abordar la problemática que suscita el precedente judicial que construyen las altas cortes del Estado colombiano, si estas cortes al interpretar el ordenamiento jurídico están generando inseguridad jurídica o si por el contrario con su interpretación brindan garantías a los ciudadanos en general que permitan tener una confianza en las instituciones del país; para lo cual se propone el siguiente recorrido para cumplir con el objetivo propuesto, inicialmente se realizará una aproximación al concepto de interpretación de acuerdo a la doctrina con el objetivo de retomar su génesis más relevante y romper con la idea generalizada que afirma que la interpretación extendida del ordenamiento jurídico es un hecho novedoso, posteriormente se realizara un análisis relacionado al activismo judicial y su papel en el derecho que será el marco determinante para analizar el problema de la seguridad jurídica en contra posición con el cumplimiento de los fines del Estado, y para concluir se realizará un análisis personal respecto de la teoría del precedente con fundamento en el texto constitucional, con el objetivo de determinar la viabilidad jurídica dentro del ordenamiento colombiano de las propuestas realizadas por la doctrina constitucional sobre la teoría fuerte del precedente.

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

Al preguntamos por la interpretación jurídica, necesariamente debemos pasar por la cuestión ¿qué es interpretar? Usualmente a este concepto en general dentro de la ciencia jurídica se le significa como atribuir sentido a un texto, pero dentro del rigor académico suele abordarse por lo menos desde cuatro aspectos diferentes. Para Guastini (2015) la primera categoría se da en la siguiente dualidad: Interpretación como actividad, que se entiende como el proceso mental que realiza el intérprete, por otra parte la interpretación como resultado, es el discurso o la conclusión a la que llega el intérprete.

La segunda categoría que propone Guastini (2015) se divide en interpretación abstracta, que consiste en atribuir sentido a enunciados normativos completos a fin de disminuir la indeterminación del sistema jurídico; y la interpretación en concreto que consiste en llevar la norma a las situaciones que pretende regular y tiene por objetivo la confrontación del enunciado normativo con la conducta que regula. La tercera categoría que retoma el autor proviene de Kelsen, se trata de la interpretación cognitiva, que consiste en identificar todos los posibles significados que son viables extraer de un determinado texto normativo y la interpretación decisoria, como la resolución de cuál de los posibles significados es el que finalmente prevalece.

Advierte el mismo autor que existe otro tipo de interpretación decisoria que denomina creativa, esta forma de interpretación tiene lugar cuando se da una significación no previsible a la norma analizada, es decir, cuando se le atribuye un nuevo significado al objeto analizado, sirva como ejemplo la interpretación antes referenciada que realizó la Corte Constitucional en la Sentencia No. C-083/95 de 1995, donde se reformula por fuera de lo previsible el concepto de precedente judicial. Finalmente, la cuarta categoría que

referencia el autor corresponde a la interpretación en sentido estricto, que se refiere a la atribución de significado a un texto; por otra parte está la construcción jurídica, que está relacionada con la interpretación creativa, consiste en obtener normas implícitas del texto interpretado, es un verdadero acto de creación normativa a través de la utilización de la lógica y tiene entre otras la finalidad de crear jerarquías axiológicas, crear excepciones implícitas y construcción de normas implícitas. (Guastini, 2015)

Es necesario en este punto tomar la apreciación realizada por Isabel Lifante Vidal, en cuanto a la diferencia entre “la interpretación de la ley” y la “interpretación del derecho” para esta autora la primera de estas categorías, es decir, la interpretación de la ley, está emparentada con la atribución de significado a los diferentes textos normativos que componen todo el sistema jurídico de un Estado; y la segunda categoría, la interpretación del derecho es un ejercicio más complejo que obliga a integrar cualquier valor normativo que sea aplicable para regular el caso en concreto, se distingue por ejemplo entre las opciones posibles la constitución o la ley, como valor frecuentemente reconocido como por la mayoría de juristas y por ser la fuente que por regla general cumple con los criterios de legitimidad, pero además otras normas como la jurisprudencia o la costumbre, que sin ser fuente directa también tiene la virtud de orientar la decisión que mejor integre el ordenamiento jurídico (Lifante, 2015)

Vistas algunas distinciones sobre cómo puede entenderse el concepto de interpretación, se expondrán algunos elementos o parámetros que sirven para realizar esta actividad, a la hora de establecer parámetros de interpretación la doctrina suele remitirse a los elementos de la interpretación propuestos por Savigny, así lo hace Manuel Barría Paredes al reconocer como los cuatros elementos tradicionales de interpretación al gramatical, lógico, histórico y sistemático.

Se advierte, sin embargo, que estos elementos no pueden considerarse como categorías aisladas una de la otra, por el contrario se hace necesario para una correcta interpretación la conjunción de todos ellos al momento de atribuir el sentido a una disposición normativa, entre otras razones porque el criterio gramatical aunque importante para determinar el sentido de lo que el legislador deseaba regular, es insuficiente debido a la vaguedad de algunas palabras por lo que es necesario complementarlo con los demás elementos de interpretación propuestos, adicionalmente, porque limitar la interpretación a la mera atribución del sentido literal de las palabras restringe la labor interpretativa a los eventos en que se encuentre ambigüedad u oscuridad en la redacción, lo cual deviene en un obstáculo para la actualización de la norma de acuerdo a la realidad social en la que se pretenda aplicar. (Barría, 2011, p. 259)

En detalle cada uno de los elementos anteriormente enunciados, de acuerdo con Barría (2011) y Lifante (2015) ambos citando el mismo extracto de Savigny:

El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes.

El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes.

El histórico tiene por objeto el estado de derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad.

El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema. (Savigny, citado por Lifante, 2015, p. 1370)

Hay que advertir que estos cuatro elementos no son los únicos métodos, criterios, cánones, estándares, etc. que existen en la doctrina para orientar una razonable interpretación jurídica, de hecho, muchos autores posteriores a Savigny han postulado los que en su concepto producen un mejor resultado hermenéutico y adoptan su propia terminología, sin embargo, pocas son las novedades realmente introducidas, finalmente son extensiones o reinterpretaciones que acomodan a la nueva realidad jurídica alguno de los cuatro elementos propuestos en el siglo XIX por Savigny.

Si bien es cierto que hay un grado de consenso en la doctrina, en cuanto al papel que la interpretación juega en la producción del derecho, la teoría de la interpretación jurídica está lejos de ser un tema pacífico, las concepciones son tan diversas como los autores que se embarcan en el desafío de proponer su propio método de argumentación, respecto a esto retomaremos la clasificación propuesta por Lifante (2015), que divide las concepciones de la interpretación en dos grupos.

La autora expone que el primero corresponde a las teorías escépticas, que se caracterizan por considerar la actividad interpretativa como un acto de voluntad y no se cuenta con verdaderos criterios de corrección para la decisión judicial, se considera que para esta concepción que es irrelevante preguntarse por los cánones de interpretación, estos equivalen a los que efectivamente son usados en la labor hermenéutica. Por la otra parte, se tiene las concepciones o teorías cognitivistas, que consideran la actividad de interpretación como un acto de conocimiento, por lo cual afirman la existencia de interpretaciones que resultan en verdaderas y falsas. Igualmente reconoce esta autora que al interior de las concepciones cognitivistas se presentan subdivisiones con base en el criterio de verdad utilizado para categorizar la interpretación, por ejemplo, para las teorías literalistas el criterio de verdad proviene de la congruencia entre las palabras del legislador en su sentido literal con la interpretación realizada, mientras que para las intencionalistas, el criterio de verdad se evalúa conforme a la intención del legislador, la interpretación será correcta siempre que coincida con la supuesta intención que tenía el legislador. (Lifante, 2015)

Con lo dicho hasta aquí, se han visto las múltiples acepciones que tiene el término interpretación, algunos parámetros muy básicos que regulan la actividad interpretativa y una diferenciación macro entre las concepciones de la interpretación jurídica, el tema de la interpretación jurídica es extenso, la doctrina no ha logrado a día de hoy un consenso pleno en esta materia y mucho menos en la jurisprudencia, si bien se reconoce el intento de la jurisdicción por establecer un estándar de interpretación, lejos está de lograrse este objetivo. Por su pertinencia se exponen las palabras de Neil McCormick *“incluso aunque el derecho pudiera regular su propia creación nunca podría regular su propia interpretación.”* (McCormick, citado por Lifante, 2015, p. 1379)

Con esto se pretende sentar las bases de lo que serán las próximas líneas, entendiendo que si bien el arduo esfuerzo de la ciencia del derecho por dotar de elementos suficientes a la actividad interpretativa para establecer límites razonables para la decisión judicial, lo construido hasta el momento es una mera apariencia doctrinal y académica, que pretende sostener una imagen de racionalidad para un ordenamiento jurídico que dado el relativamente nuevo paradigma del derecho constitucional con la aplicación directa de principios y otros elementos normativos de textura abierta, además de una clara indeterminación en cuanto a la realidad del sistema jurídico, propiciada por la interpretación exacerbada que de la constitución realiza la Corte Constitucional, derivan necesariamente en inseguridad jurídica para las relaciones sociales reguladas por el derecho.

2. EL ACTIVISMO JUDICIAL EN EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

Sea lo primero comenzar por la distinción que realiza la doctrina respecto de los conceptos “judicialización de la política” y “activismo judicial”. El primero de estos, es decir, la judicialización de la política, como advierte a Feoli (2015), corresponde en términos generales y sin consideración de un ordenamiento jurídico en particular, a la corriente que pretende aumentar la relevancia del papel de la jurisdicción en las relaciones políticas del Estado, reinterpretando los poderes públicos que tienen los jueces y el rol que juegan dentro de la democracia; entre las funciones que suelen ser más comunes dentro de esta corriente se tiene: La atribución jurisdiccional de ser el guardián de la Constitución de frente a las decisiones políticas, que se concreta en la función del juez para anular decisiones de las demás ramas del poder público, también, ser árbitro en torno a los alcances y límites del poder público, que es la atribución para dirimir conflictos de competencia entre los diferentes poderes del Estado, o los conflictos surgidos entre el poder público y la ciudadanía; y finalmente la fiscalización de la labor de los políticos, realizando control judicial para algunos de sus actos y además la competencia para conocer de los casos penales de algunos funcionarios públicos.

La judicialización de la política en términos simples es la expansión del poder jurisdiccional a escenarios que fueron tradicionalmente asignados a la rama ejecutiva y

legislativa del poder público, se materializa en un control que realiza el derecho a través de la jurisdicción a la actuación política del Estado, lo novedoso en esta idea no es el control que realiza el juez, sino su participación más relevante en las decisiones políticas del Estado. (Feoli, 2015)

Por otra parte, el activismo judicial se considera como la asunción de funciones generalmente de carácter político por parte del juez, que pueden o no estar formalmente consagradas como una competencia del poder judicial, es una actitud del juez respecto de la interpretación que este asume de frente al ordenamiento jurídico, donde se aleja de la literalidad del texto normativo con el fin de regular situaciones que forman parte de políticas públicas o de anular decisiones que son objeto del escenario político, asimismo, el activismo judicial se caracteriza por la imposición del criterio judicial por sobre las demás ramas del poder público. (Feoli, 2015)

La doctrina ha entendido entonces que hay una cercanía temática entre la judicialización de la política y el activismo judicial, su núcleo esencial es común, ambos están intrínsecamente vinculados con la relación existente entre el derecho y la política, pero son dos ideas que no pueden confundirse, así lo considera Hennig (2012), quien además identifica causas diferentes para cada uno.

En cuanto a la judicialización de la política, considera entre otras que sus causas son las siguientes: (a) derechos fundamentales, que por la supremacía constitucional son elementos centrales del orden jurídico, con la suficiente legitimidad y eficacia para incidir en las relaciones privadas independientemente de la regulación; igualmente, por el carácter “principista” de los derechos fundamentales y sociales que obliga a una interpretación de los mismos por parte del órgano jurisdiccional para su materialización en cada caso concreto. (b) ampliación del alcance de la constitución, esto en referencia a que la constitución tiene una dimensión formal y escrita, en la cual se incorporan una gran cantidad de contenidos normativos que extienden las materias que conforman la dimensión constitucional. (c) Constitucionalización del derecho, se entiende por esto que, la mal llamada jurisdicción constitucional determina la interpretación del derecho, conforme a las disposiciones contenidas en la constitución. (d) Factores culturales, la jurisdicción como mecanismo de solución de los conflictos sociales, por medio de la educación en la población acerca de sus derechos y deberes. (e) Factores operacionales y jurídicos, ampliación de los alcances de los mecanismos de participación ciudadana y las acciones constitucionales a fin de la tutela de los derechos. (Hennig, 2012, pp 435-437)

Por su parte, el activismo judicial también tiene sus causas que son las siguientes: (a) normatividad de la constitución, el reconocimiento de la fuerza normativa de la constitución es usado como fundamento para la actuación diferenciada y activa del poder judicial. (b) inercia u omisión de los poderes públicos, es la asunción de funciones que no son propiamente de la competencia jurisdiccional ante la inactividad o desinterés de los órganos legislativo o ejecutivo en el cumplimiento de sus funciones. (c) abertura interpretativa, la actitud que asume la jurisdicción frente a la interpretación que tiende a

ser expansiva y activa, en el sentido de alejarse de la literalidad del texto constitucional para extender o reducir su alcance. (Hennig, 2012)

En términos generales, lo expresado hasta este punto recoge lo básico que compone la idea del activismo judicial y su diferencia con la judicialización de la política, cabe recordar que son conceptos que se encuentran en constante construcción académica y que sus límites varían de acuerdo con la percepción de cada autor debido a los criterios teóricos utilizados para catalogarlo.

Trasladando la discusión al contexto colombiano, sirve recordar lo abordado anteriormente en algunos ejemplos que evidencian una clara tendencia al activismo judicial por parte de la Corte Constitucional colombiana y la Corte suprema de Justicia, en cuanto a sus posturas en temas relacionados con la teoría del precedente judicial y la carga dinámica de la prueba; estas interpretaciones son respaldadas por una parte de la doctrina que justifica el activismo judicial con base en la idea que expone la necesidad de un constitucionalismo militante para lograr la efectiva materialización de los derechos contenidos en la carta política, pues al interior del Estado colombiano la rama del poder público que se ha caracterizado por procurar la efectiva realización y protección de los derechos es el poder judicial, y con mayor rigurosidad la Corte Constitucional, que a punto de cumplir con 30 años de historia como institución, ha sido el motivo de importantes cambios normativos y sociales a través de sus decisiones, que han sido la voz de los ciudadanos que no tienen representación en el escenario político, y para la solución de sus necesidades han recurrido al tribunal constitucional a fin de lograr el reconocimiento de las garantías establecidas en la constitución.

En igual sentido a lo dicho anteriormente Saffon y García (2011), expresan desde una postura que ellos denominan “optimismo moderado” la importancia que ha tenido el tribunal constitucional en el progreso del reconocimiento no solo de los derechos civiles y políticos o también denominados derechos fundamentales, sino que además registran el progreso que han tenido los derechos sociales gracias a la interpretación de la Corte Constitucional, particularmente en el tema del derecho a la salud, donde la defensa de esta garantía prometida en la constitución, es respaldada por vía jurisprudencia que impacta de forma directa en las políticas públicas de Estado, en sentido de obligar a las instituciones a favorecer el gasto del erario público en este rubro para lograr la satisfacción de la comunidad.

Desde su postura Saffon y García (2011) entienden que las limitaciones que tiene la jurisdicción para lograr un verdadero cambio social efectivo son pocas, por varias razones, consideran que el activismo judicial de la Corte es muy restringido, porque se limita en menor o mayor medida a proteger a personas que en principio ya se encontraban protegidas y la labor de la Corte se circunscribe a compeler a las autoridades negligentes a ejecutar las acciones que han omitido, en su concepto las sentencias de la Corte constitucional no constituyen un cambio social trascendental, porque los grupos marginalizados y excluidos

no suelen ser beneficiarios de sus sentencias, motivo por el cual mantienen sus problemáticas por fuera del criterio de la jurisdicción.

Los autores, ven que el activismo judicial llevado por la Corte Constitucional es una forma de mantener el equilibrio social, otorgando una suerte de privilegio a la clase media que no abarca en rigor a todo tejido social. Igualmente consideran que el activismo judicial en tema de derechos sociales es una batalla aislada que propone la jurisdicción principalmente por dos razones, la falta de voluntad política por parte de los miembros del Estado para dar pleno cumplimiento a las sentencias de la corte; la segunda razón es la fuerte resistencia que recibe por parte de las posturas críticas tanto de las posiciones conservadoras como de las visiones progresistas, que puede llevar a conflictos con el Congreso de la República tendientes a limitar los poderes de la Corte. (Saffon & García, 2011)

Por las razones anteriores concluyen estos autores que el precedente de la Corte Constitucional puede entenderse como un mecanismo estabilizador y desestabilizador, porque, a pesar de la insuficiencia en algunos aspectos que puede representar la doctrina de la Corte en materia de reconocimiento de derechos prestacionales, sigue siendo una de las autoridades públicas que intenta con mayor vehemencia dar cumplimiento al amplio catálogo de derechos que trajo consigo la constitución de 1991 y mantiene de cierta forma, la confianza de la ciudadanía en las instituciones, siendo el derecho constitucional y particularmente las decisiones sometidas a consideración de la Corte el escenario donde se materialicen los procesos de negociación entre los intereses políticos predominantes y los reclamos sociales fundados en los derechos otorgados por la constitución que concluyan en acuerdos que efectivamente se concreten en cambios sociales. (Saffon & García, 2011)

Igualmente, desde otros sectores de la doctrina como se vio en el capítulo anterior se encuentran voces justificantes del activismo judicial en Colombia no solo desde el análisis práctico de sus intervenciones en el reconocimiento de derechos de tipo prestacional, sino también desde las construcciones teóricas que han formado de alguna manera parte de la construcción del derecho nacional. Si bien se acepta que los impulsos reformistas con base en un ejercicio fuerte de la función jurisdiccional en nuestro contexto jurídico son pocos, no se puede desconocer que en Colombia los altos tribunales han realizado intentos por introducir doctrinas activistas tendientes a subvertir la concepción tradicional de fuentes del derecho, bajo el argumento de la realización de la justicia y la actualización necesaria del derecho a las nuevas realidades sociales.

En este sentido López (2006) insiste en que los estudiosos del derecho en nuestro país, no pueden olvidar la labor que realizaron los magistrados de la Corte Suprema de Justicia entre los años 1936 y 1940, quienes importaron de la doctrina francesa y norteamericana las críticas propuestas por los denominados juristas inquietos al formalismo positivista codificador imperante en el derecho latinoamericano, el reflejo de este pensamiento en el alto tribunal de esa época, es quizás el antecedente más cercano al activismo judicial que se intenta imponer a partir de la constitución de 1991.

Entrando propiamente en el contexto de la Constitución de 1991 para este autor, al interior de la jurisdicción se encuentra una dicotomía proveniente de la diferenciación entre la corriente típicamente formalista y positivista que identifica como el derecho tradicional, representada ampliamente por la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia, y la corriente reformista antiformalista fundamentada en las teorías de la nueva interpretación del derecho en cabeza de la Corte constitucional. Dada esta diferencia se afirma por López (2006) una serie de filiaciones conceptuales por parte de estos tribunales, entre otras en razón de su orientación político económica, siendo para él, la Corte Suprema de Justicia, un tribunal abanderado de las políticas de Estado liberal de derecho, cuyo énfasis principal es la protección de los valores propios de esa forma Estado, mientras que la Corte Constitucional se ubica en una ideología social demócrata caracterizada por el interés de lograr la realización de los derechos típicos de un Estado de bienestar.

El mismo autor realiza una discriminación sobre los aspectos más importantes de que permiten diferenciar entre la corriente tradicional y el nuevo derecho en los siguientes términos, la cual se puede apreciar en la tabla 1:

Tabla 1 Diferencias entre corriente tradicional y el nuevo derecho

<i>DERECHO TRADICIONAL</i>	<i>NUEVO DERECHO</i>
1) Completa separación entre derecho y moral como esferas independientes de regulación de la conducta humana.	1) Acercamiento entre derecho y moral, entre reglas jurídicas y la responsabilidad moral y política del Estado, en el respeto de los derechos de los individuos y de la igualdad entre ellos.
2) El Derecho Constitucional Público y el Derecho Común Privado son sustancialmente diferentes. Los métodos interpretativos del Derecho Privado, su rigor intelectual, los temas de que trata, los valores que protege, etc. están relativamente aislados de la crítica política proveniente del Derecho Constitucional.	2) Sostiene una relativa unidad e interpenetración entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado, como corolario jurídico de una tesis general de la filosofía moral: la distinción entre el espacio público y privado es un artificio del individualismo liberal, que buscaba aislar de la crítica político-constitucional los circuitos de creación privada de riqueza y capital.
3) Se presume que la ley cumple y hace efectiva la Constitución. Se prefieren, entonces, reglas concretas que regulen los temas por sobre los principios generales, dado que ellos, precisamente por su generalidad, son susceptibles de manipulación y acomodación. Los casos jurídicos concretos se resuelven mediante	3) La Ley no expresa necesariamente la Constitución. Por el contrario, es más o menos frecuente que la viole, ya que el proceso de promulgación legal presupone el triunfo de mayorías políticas, con frecuencia en violación de derechos de minorías no representadas políticamente. Por tanto, la Constitución tiene aplicación

<p>la aplicación de reglas legales específicas. La Constitución rara vez influye en la decisión de casos jurídicos concretos.</p>	<p>concreta en la solución de casos jurídicos. Además, tiene preferencia sobre la ley a pesar de los diferentes niveles de generalidad que ambos exhiben: un principio constitucional abstracto, solo aplicable a través de un argumento interpretativo, puede triunfar sobre reglas explícitas y concretas que asimismo pretenden regular la situación concreta.</p>
<p>4) La argumentación jurídica se centra en el concepto de adecuación o calificación típica. Se debe encontrar la regla legal específica que regula el tema: es fundamental aprender a distinguir qué tipo de contrato, o qué régimen de responsabilidad civil hay detrás de los hechos a ser juzgados. Una vez que se tiene la calificación correcta -este es un depósito irregular y no un contrato de mutuo, esto es una actividad peligrosa y no responsabilidad con culpa, esto es extorsión y no estafa- las consecuencias jurídicas se siguen de manera lógica, inexorable, por aplicación de las normas que rigen la respectiva adecuación típica.</p>	<p>4) No se parte de la adecuación típica, sino de la aceptación de la existencia de conflictos de derechos. El conflicto se resuelve sin acudir a textos positivos que regulan la integridad de la institución tipificada. Más bien, la argumentación jurídica se fundamenta en el concepto de balance de derechos, fundada en lógicas discursivas menos lineales</p>
<p>5) La retórica judicial subraya el papel de la seguridad jurídica, identificada con una noción de justicia procesal que basta para garantizar los intereses de las partes.</p>	<p>5) La retórica judicial subraya el papel de la justicia sustantiva.</p>
<p>6) Se prefiere la expedición de normas jurídicas específicas, que regulen en situaciones jurídicas específicas. Los vacíos, la ambigüedad, etc. se conciben como errores en técnica legislativa</p>	<p>6) En vez de reglas específicas de conducta, se prefiere la adopción de estándares o principios que, enunciando una regla generalísima, dejan su adecuación concreta a un juicio prudencial del intérprete y no a la capacidad de previsión del legislador.</p>
<p>7) Continuidad y orden social como valores políticos prevalentes.</p>	<p>7) Cambio social y justicia distributiva como valores políticos prevalentes.</p>
<p>8) Esta teoría del derecho enfatiza el papel de un Estado mínimo o pequeño, en la defensa enérgica de las libertades liberales clásicas y en la garantía de "vida, honra y bienes"</p>	<p>8) Esta teoría del derecho facilita la intervención estatal en los circuitos de redistribución de riqueza como elemento necesario para una sociedad bien ordenada. El Estado tiene un papel proactivo en la</p>

	protección de derechos constitucionales prestacionales.
9) El abogado como intermediador necesario de conflictos individuales, especialmente interesado en la transferencia de propiedad, dinero e influencia, y conservando parte de ellas a través de la prestación de sus servicios profesionales.	9) El Derecho es cada vez más utilizado como mecanismo de resolución de conflictos de carácter colectivo y no meramente individual. La movilización de la sociedad civil, en cierto tipo de causas, refuerza las posibilidades de su reconocimiento en sede judicial. Utilización social del Derecho Constitucional como mecanismo de reivindicación de derechos.
10) El juez es en esencia "voz de la ley" y desarrolla "virtudes pasivas". Se preocupa básicamente por adjudicar la titularidad de derechos más tradicionales, de origen legal y distingue su misión con claridad de la ejecución o administración de sus fallos.	10) El juez actúa como realizador de visiones de justicia material y desarrolla "virtudes activas" que lo ponen en contacto, por ejemplo, con funciones de ordenación y administración de gasto público. La ejecución y administración de sus fallos son incluso más importantes que la mera adjudicación de derechos en cabeza de individuos o comunidades.

Fuente: adaptado de (López, 2006, pp.322-324)

Como se puede evidenciar, las características del “nuevo derecho” propuestas por López Medina, corresponden con los preceptos típicos del activismo judicial y judicialización de la política vistos anteriormente, esto se debe principalmente por la agenda política que se ha desarrollado en Latinoamérica en cuanto a la actualización de sus sistemas jurídicos a los estándares internacionales que se fueron estableciendo en el pensamiento de occidente a partir de la entrada en vigencia de las teorías de los derechos humanos, que exigían la idea de un sistema judicial fuerte para dar cumplimiento a los postulados iusnaturalistas propuestos por este modelo. (Lopez, 2006)

Visto lo anterior, se avanzará en lo que respecta al tema de seguridad jurídica, desde la visión de este autor, una teoría fuerte del precedente es garantía de este principio, se afirma desde esta postura, que el precedente judicial tal cual como se ha construido desde la doctrina constitucional, desarrolla la seguridad jurídica desde la aplicación del derecho a la igualdad estipulado en el artículo 13 constitucional, que obliga a las autoridades a reconocer a todos los ciudadanos como iguales ante la ley, además de establecer similitud en el nivel de protección, trato y aplicación de las normas por parte de las autoridades, y en consonancia con los principios de confianza legítima y buena fe del artículo 83 de la constitución, estos preceptos se instituyen como una garantía de aplicación similar de las decisiones judiciales con base en la sujeción a las interpretaciones previas realizadas por los altos tribunales, como parámetro de corrección de la interpretación realizada por

cualquier otro funcionario, lo cual limita en esencia la arbitrariedad judicial y máxima el alcance de los derechos que otorga la constitución. (Lopez, 2006)

Finalmente para concluir este aparte, se encuentra que aun desde esta perspectiva teórica, se evidencian falencias en cuanto a la efectiva realización de los objetivos propuestos por la nueva idea de Estado social de derecho, los altos tribunales con sus fallos no han logrado un fuerte impacto en las estructuras sociales, finalmente en el contexto colombiano sigue vigente de forma incuestionable la desigualdad social y salvo algunos periodos muy determinados de actividad judicial fuerte, el objetivo de cumplir realmente con el catálogo de derechos fundamentales, sociales, políticos y económicos reconocidos por el texto constitucional está lejos de cumplirse. (Lopez, 2006)

3. VIABILIDAD JURÍDICA DE LA TEORÍA FUERTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA, ANÁLISIS DESDE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.

Hasta este punto se han abordado diferentes formas de interpretación de la realidad jurídica del precedente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se ha realizado una aproximación a dos teorías que comprenden de forma diferente el rol que cumple la jurisprudencia, nos referimos a las teorías positivistas formalistas por una parte, y a las teorías reformistas antiformalistas por otra.

Para la primera de las teorías, el centro normativo de las fuentes del derecho se encuentra en particular en la Constitución Política, el artículo 230, que prescribe una estructura piramidal de fuentes dando una mayor relevancia como criterio de decisión a la ley; por otra parte las segundas teorías, proponen un dialogo de fuentes o estructura horizontal de fuentes, en la cual el juez a su arbitrio elige cual de aquellas tiene mayor mérito para entrar a dirimir un determinado conflicto jurídico, como se vio en el segundo capítulo de este texto, esta es la postura propuesta por la doctrina constitucional de la Corte Constitucional, a partir de una interpretación que tiene en cuenta elementos normativos y de interpretación que exceden la simple aprehensión literal del claro sentido de la norma. En este sentido ahora nos proponemos analizar de acuerdo con el articulado de la constitución, la viabilidad de esta teoría defendida por las posturas reformistas, que han construido un hombre de paja para representar a la estructura piramidal de fuentes, al que han vencido sin que este prestara una verdadera resistencia argumentativa.

Para comenzar con el análisis, es necesario falsear el argumento más fuerte que se exhibe en defensa de las teorías reformistas antiformalistas, que contrario a lo que se podría pensar, no se trata de una interpretación que se derive del artículo 230 de la Constitución, sino de una interpretación extensiva del artículo 241, la doctrina constitucional ha fundamentado toda la teoría fuerte de precedente y el sistema de fuentes horizontal, principalmente en la interpretación que con autoridad realiza la Corte Constitucional del texto de la constitución, esto equivale a la expresión que se usa comúnmente dentro de la

jurisprudencia y en la doctrina que afirma que el intérprete auténtico de la constitución es la misma Corte Constitucional, así por ejemplo lo expresa la Sentencia No. C-083 de 1995.

El afirmar que el intérprete autorizado de la Constitución es la Corte Constitucional no es poca cosa, tiene efectos muy importantes en cuanto a las competencias que como órgano jurisdiccional puede ejercer, como se indicó, esta auto atribución de competencia tiene como punto de partida la interpretación que se realiza del artículo 241 de la Constitución en su inciso primero que prescribe lo siguiente:

ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Se ha usado la primera parte de esta disposición por la doctrina constitucional, para arrogarse la competencia de intérprete auténtico de la constitución, esta interpretación se vale de la retórica literaria utilizada en el artículo para desprender una función que no le fue otorgada por el mismo, como se puede observar, la disposición implanta una fuerte restricción de las funciones que se le asignan a este tribunal, limitación que ha sido ignorada en la interpretación extensiva que generalmente se hace de esta norma, si se realiza una lectura completa de cada una de las funciones atribuidas al tribunal constitucional, se encontrará que efectivamente entre los doce numerales que componen esta disposición, ninguno le otorgo la calidad de intérprete autorizado o exclusivo de la constitución, por este motivo se resquebraja el argumento que afirma que solo la interpretación de la constitución realizada por la Corte Constitucional es parámetro o criterio que vincula de forma definitiva a las demás autoridades públicas.

Así las cosas, si la Constitución expresamente no confirió a la Corte Constitucional la facultad para interpretar la Constitución, mal se haría en otorgar este poder por vía de la jurisprudencia, en otras palabras, si la Constitución no dio al tribunal la autorización expresa para otorgar el sentido legítimo a las disposiciones constitucionales no se puede pretender por decisión judicial extender las facultades que no le fueron conferidas, de otra forma se estaría en presencia de un abuso de las funciones públicas. Se podría afirmar que no es necesario estipular detalladamente la asignación de esta función para que se pueda ejercer legítimamente, pero esa idea es contraria y transgrede de forma directa lo prescrito en el artículo 6 constitucional, que establece la responsabilidad de los servidores públicos por extralimitación en el cumplimiento de sus funciones.

Por otra parte, integrando a los argumentos otras disposiciones constitucionales, se evidencia como el constituyente es claro al momento de otorgar este tipo de facultades a otras autoridades públicas, en este sentido se encuentra el numeral primero del artículo 150 constitucional, que de forma clara le otorga al Congreso de la República la atribución de interpretar las leyes, en este sentido difícilmente podría aseverarse que el constituyente simplemente omitió u olvidó consagrar expresamente una función similar a la cabeza de la jurisdicción constitucional, en razón de la obviedad o la innecesidad de tal función.

Igualmente, del artículo 150 se puede evidenciar la irregularidad que representa para el ordenamiento jurídico la técnica de exequibilidad condicionada, por cuanto a quien corresponde constitucionalmente la función de interpretar la ley, no es al tribunal constitucional, es función que se ha radicado en cabeza del Congreso de la República.

Para continuar ahondando en argumentos, se distingue por la doctrina variantes en el ámbito hermenéutico e interpretativo, que llevan a realizar distinciones entre los no interpretativistas y los interpretativistas en el ámbito del derecho constitucional, los primeros proponen que el análisis de las normas constitucionales realizadas por parte de los magistrados se encuentre vinculado a la intención originaria del constituyente por ser la constitución un reflejo del poder constituyente soberano, es decir, se entiende por esta postura la idea de la soberanía popular que usa como instrumento la constitución y tiene como consecuencia una fuerte valoración de los preceptos constitucionales por parte del legislativo, mientras que los segundos se rigen por la idea de una soberanía de la constitución, al entender el conjunto normativo como un texto vivo que debe ser actualizado conforme a la necesidades sociales, lo cual implica un margen de interpretación y creación jurisprudencial más amplio, lo cual implica que al poder judicial se le da la valoración privilegiada de la constitución. (Hennig, 2012)

De acuerdo con la anterior propuesta, corresponde identificar dentro de cuál de los dos ambientes interpretativos se encuentra enmarcada la constitución de 1991, en este sentido vemos como al tratar el tema de fuentes del derecho, la doctrina constitucional siempre marca como referencia el artículo 4 constitucional que instituye sin margen de duda la supremacía constitucional a nivel normativo, es decir, en caso de incompatibilidad entre cualquier norma y la constitución se debe acoger las disposiciones constitucionales, así por ejemplo la Sentencia No. C-131/93; sin embargo, el artículo 4 debe entenderse a la luz del artículo 3, que igualmente sin margen de duda impone el concepto de soberanía popular, de la cual emana todo el poder público que es ejercido directamente por el pueblo o por sus representantes, dado esto, se ve que la constitución se enmarca en una hermenéutica que favorece la interpretación y valoración constitucional por parte del poder legislativo, que es quien tiene en Colombia representación popular, caso contrario a lo que sucede con la Corte Constitucional.

Otro argumento que se puede dar en favor de la doctrina constitucional realizada por la Corte Constitucional es aquel que invoca la necesidad del tribunal de determinar los contenidos normativos del texto superior para garantizar la supremacía constitucional, en este sentido, la teoría reformista antiformalista recurre nuevamente a lo dispuesto por el artículo 241 para intentar fundamentar la existencia de tal facultad dentro las atribuciones otorgadas por el constituyente, sin embargo, como se afirmó anteriormente tal poder no se le otorgó a la función jurisdiccional que realiza el tribunal constitucional en el marco jurídico normativo prescrito por la constitución.

En adición a lo anterior si se continua con un análisis más severo del artículo 241, no solo se podrá observar la ausencia de tal facultad, sino que además, se observa en los numerales

primero, segundo y tercero de este artículo que a la Corte Constitucional le está vedado el analizar el contenido material de las disposiciones que pretendan modificar o dar sentido a las normas constitucionales, su función de acuerdo a lo establecido en la constitución en cuanto a esta materia, se limita simplemente a verificar el cumplimiento de requisitos formales o de procedimiento, sin que le sea posible determinar si el contenido propuesto por quienes efectivamente tienen poder constituyente -derivado en el caso del congreso, u originario cuando lo ejerce directamente pueblo- sea conforme a la interpretación realizada por la doctrina constitucional.

Pese a lo anterior, el abuso de funciones públicas por parte de la Corte Constitucional de Colombia es simplemente evidente: así por ejemplo en sentencia prescribe lo siguiente:

La Corte estimó que era competente para pronunciarse sobre las acusaciones en contra del Acto legislativo por el presunto desbordamiento en el ejercicio del poder de reforma por parte del Congreso, en la medida en que la atribución para controlar la constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución por vicios de trámite y procedimiento, prevista en el artículo 241.1 de la Carta Política, comprende la facultad para evaluar los vicios competenciales derivados de la supresión de los principios transversales y estructurales del ordenamiento superior. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-285, 2016)

Este pronunciamiento se da en el contexto de análisis del poder constituyente que le compete al Congreso de la República, para el criterio de la Corte Constitucional, el poder de reforma otorgado al legislativo se encuentra limitado por el contenido de las disposiciones que este crea, así lo afirma en la consideración 3.4.1 de la sentencia referida, donde motu proprio crea límites al poder de reforma que la misma constitución nunca estableció, nótese que pese a la elocuencia de los argumentos al procurar circunscribirlos al ámbito de un análisis procedimental, el fondo del argumento se encuentra relacionado exclusivamente en cuanto al contenido material del acto legislativo, análisis que le está prohibido al tribunal constitucional por falta de competencia en los términos del artículo 241 numeral primero y el artículo 3 constitucional.

Se advierte en el ejemplo expuesto, como un tribunal sin competencia limita las facultades constitucionales legítimamente otorgadas por la constitución al poder legislativo. Esto tiene una grave consecuencia a nivel del principio de separación de poderes que la misma Corte Constitucional invoca como argumento para la defensa de sus pretensiones políticas, la postura asumida en esta providencia desquicia los principios democráticos de la constitución al suplantar la exclusiva soberanía popular que ordena el artículo 3, por el arbitrio judicial; en consecuencia, se evidencia como la Corte Constitucional usurpa incluso el poder constituyente no solo de forma negativa al restringir los poderes legítimamente otorgados al legislativo, si no de forma positiva al realizar una labor creativa sin base normativa que le otorga al mismo tribunal constitucional la potestad de determinar las reglas que gobiernan la reforma constitucional.

En refuerzo de la anterior tesis, el título XIII de la Constitución establece las reglas y la competencia para la reforma constitucional, es decir, dentro del texto hay disposiciones claras que regulan la materia, por lo cual no se puede aseverar válidamente la existencia de un vacío normativo que justifique la labor creativa realizada por el tribunal constitucional, conviene llamar la atención en el artículo 374, que dota de poder al Congreso de la República, a la Asamblea Nacional Constituyente o al pueblo de facultades para modificar la constitución, en este orden de ideas, es claro que al poder judicial se le excluyó de tal posibilidad y se radicó tal posibilidad solo para quienes tienen en términos del artículo 3 el ejercicio de la soberanía popular, por lo cual una interpretación que proponga facultades constituyentes excepcionales en cabeza de otro tipo de autoridad pública es una clara trasgresión de las normas constitucionales.

Adicional a lo anterior, conviene llamar la atención en lo dispuesto por el artículo 379 de la constitución que determina de forma precisa los motivos por los cuales es procedente el análisis de constitucionalidad de los actos reformativos de la constitución, entre los cuales brilla por su ausencia el análisis con base en criterios de contenido material.

Hasta este punto se puede evidenciar sin duda alguna, que las disposiciones constitucionales son claras al momento de establecer que en cabeza de la jurisdicción constitucional, nunca se instituyó de forma expresa o implícita la facultad de interpretar el texto constitucional con autoridad.

A lo que conviene recordar además lo dicho en la primera parte del segundo capítulo de este texto: el sistema jurídico tiene una fuerte influencia en la forma en que se estructura el Estado y la forma en la que se reparten las funciones de las autoridades públicas, como se comprobó, la tradición jurídica a la que se adscribe el pensamiento jurídico colombiano forma parte de las construcciones que propone el Civil Law, aún el cambio de paradigma que trajo la Constitución de 1991, no representó en forma alguna un traslado al sistema del derecho anglosajón, entonces es pertinente considerar que las doctrinas reformistas y antiformalistas, tienen buena parte de su fundamentación teórica en la formación del Common Law, y cuando se incorporan conceptos de este sistema jurídico debe en primera medida verificarse su compatibilidad con nuestro propio ordenamiento jurídico, en razón de la coherencia que debe formar parte de la argumentación, así las cosas, la interpretación sea de tipo restrictivo o creativo, y la práctica académica deben estar sujetas a las disposiciones de la constitución y no lo contrario, es decir, no es la constitución la que debe someterse a doctrinas extranjeras en razón del ejercicio hermenéutico realizado por el intérprete.

Puesta en duda la facultad omnimoda que se atribuyó a sí misma la Corte Constitucional como interprete auténtico de la constitución, conviene ahora preguntarse cuál es el rol que cumple la doctrina constitucional al interior del ordenamiento jurídico, recordemos que en el capítulo anterior se dio respuesta a este interrogante desde la reconstrucción de la teoría del precedente judicial propuesto por Lopez, (2006) y se llegó a la conclusión que en razón de la importancia que exhibe el precedente como criterio que permite orientar el sentido de

las normas y ese plus que le acompaña de ser fuente de consulta frecuente de quien se encuentra ante la necesidad de resolver un conflicto jurídico, se estima en criterio de cierta parte de la doctrina, que en virtud de un sistema de fuentes horizontal la jurisprudencia debe considerarse a un nivel similar al que exhibe la ley y en este sentido el funcionario judicial no puede apartarse arbitrariamente de lo dispuesto por su superior jerárquico.

Si se observa lo dispuesto en la Constitución en su artículo 230, por mandato constitucional se ordena expresamente y sin margen posible a la duda comprender a la jurisprudencia, como termino genérico que engloba todas las decisiones que se toman en virtud del ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, esto incluye la doctrina constitucional, como criterio auxiliar de la actividad judicial, esto tiene como consecuencia la falta de fuerza vinculante obligatoria de la argumentación exhibida para la solución de un caso concreto, lo cual poco tiene que ver con la vinculatoriedad de la decisión judicial pues no se discute que en lo que es de su competencia y resorte la decisión judicial debe ser cumplida por los particulares y las autoridades.

De la misma forma lo anterior, tiene plena coherencia con una interpretación sistemática de la constitución y no es producto de una hermenéutica de tipo exegético que se limita a la comprensión de un solo artículo, en este sentido conviene recordar el artículo 3 que dispone que la soberanía es ejercida por el pueblo en forma directa o a través de sus representantes democráticamente elegidos, lo cual sirve como fundamento para desmitificar la idea de la soberanía constitucional que sirve como fundamento de aplicaciones extensivas que no están comprendidas dentro del cuerpo constitucional, también, el artículo 4 que prescribe la regla de interpretación que ordena la prevalencia de la normativa constitucional por sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, esto en refuerzo de la idea de una jerarquía de fuentes, dentro del cual la jurisprudencia no puede ir en contra de los mandatos constitucionales, como se ha demostrado que en algunas oportunidades, sucede producto de interpretaciones que exceden incluso la idea del activismo judicial.

Conviene además retomar el artículo 6 que establece el régimen de responsabilidad de los servidores públicos, que serán responsables tanto por su omisión como por su extralimitación en el ejercicio de sus funciones, dentro de la cual se encuentra la función jurisdiccional, el artículo 230 que ordena expresamente una jerarquía de fuentes al interior del ordenamiento jurídico, al igual que artículo 241 numerales 1, 2 y 3 que prohíben a la función jurisdiccional el análisis de los contenidos sustantivos de la constitución al momento de su reforma, por otra parte se observa como la obligación de dotar de sentido al ordenamiento jurídico recae sobre otras autoridades del Estado, como lo dicta el artículo 150, numeral primero al dotar de la facultad de interpretación al congreso de la república y los artículos 374 a 380 que regulan de forma expresa quiénes dentro del ordenamiento jurídico colombiano están dotados de poder constituyente para reformar la constitución, así como los mecanismos y procedimientos para su reforma, entre los que brilla por su ausencia las facultades constituyentes del poder judicial.

De igual forma desde un análisis del contexto histórico de la tradición jurídica que ha estado vigente en el derecho colombiano, se encuentra la vinculación al sistema del derecho civil que tiene como una de sus características principales la idea de restricción de la actividad judicial a las disposiciones dictadas por el poder legislativo como se vio en la primera parte del segundo capítulo de este texto. Vemos como sobran argumentos suficientes para falsear la actual teoría del precedente judicial impuesta a través de una excesiva interpretación por parte de la Corte Constitucional, no desde simples argumentos positivistas y formalistas de corte exegetico, sino desde una hermenéutica completa que recoge los criterios de interpretación gramatical, lógico, histórico y sistemático que se relacionaron anteriormente.

También debe recordarse el artículo 228 que establece la función administración de justicia como una función pública y el principio de independencia en el ejercicio de esta función que se encuentra limitada en estricto sentido por lo dispuesto en el artículo 230, debido a esto no parece razonable condicionar la función constitucional que ejercen los diferentes jueces y magistrados de la república en sus diferentes niveles jerárquicos al criterio de un único tribunal cuando la misma constitución prescribe un mandato diferente, máxime cuando se estructuró un sistema judicial que concibe un órgano de cierre diferente para cada especialidad que compone la jurisdicción.

Por último, conviene reiterar las dificultades que tiene la jurisprudencia ser considerada como una fuente formal del derecho entre las que figuran su dificultad en la consulta, debido a que no siempre es fácil encontrar de forma completa cada una de las decisiones que son proferidas por las autoridades judiciales, situación que se ha tratado de corregir pero que ha sido insuficiente como lo reconoce (Lopez, 2006). Por otra parte también debe reconocerse que la jurisprudencia puede modificarse de forma constante, tener criterios contradictorios que se encuentren vigentes de forma simultánea, puesto que la teoría del precedente no resuelve este tipo de contradicciones ya que no existe una forma de derogatoria del precedente judicial, estos son algunos aspectos que dificultan la aplicación de la jurisprudencia como fuente principal del derecho y que llevarla a considerar como criterio vinculante lleva a incorporar igualmente una suerte de inseguridad jurídica tanto en los funcionarios judiciales como en la población civil, quienes difícilmente pueden seguir el ritmo de la producción judicial.

Con todo esto no se pretende desmeritar el valor de la jurisprudencia, pero si es necesario en el actual concepto, ubicarla en su real dimensión que tiene dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia tiene un peso enorme en nuestro sistema como fuente de consulta para quien busca opciones, ideas, doctrinas que permitan resolver problemas jurídicos y en este sentido, su vinculatoriedad no proviene de un reforzado intento hermenéutico que busca contraria a las disposiciones legales transformarla en fuente formal del derecho, su fuerza vinculante proviene de la fuerza de sus argumentos, de la convicción que genera en la comunidad jurídica y académica, de la construcción acertada de conceptos que permiten integrar de forma adecuada el sistema jurídico, pero nunca podrá provenir del ejercicio ilegítimo de la función jurisdiccional.

CONCLUSIONES DEL TEXTO

El en primer capítulo se aborda el tipo penal de prevaricato por acción, conducta que posiblemente estarían cometiendo los magistrados de la sala penal de la corte suprema de justicia al invertir la carga probatoria, prohibición de carácter expreso establecido en el art 7 de la Ley 906 de 2004. Desde un análisis subjetivo se puede evidenciar los hechos y las diferentes sentencias encaminadas a la vulneración del ordenamiento jurídico, deduciéndose la antijuridicidad del comportamiento de los magistrados. Como resultado posterior a un análisis objetivo, desde el abordaje del esquema del delito como una bases finalistas y no solo de una mera interpretación literal de la norma, se concluye que el actuar de los magistrados de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, no se configura en la conducta penal de prevaricato por acción y que además, estas sentencias son ético-moral con la sociedad y con el ordenamiento jurídico, toda vez que es admisible la inversión de la carga de la prueba.

En la primera parte del segundo capítulo de este libro, se hace una referencia a los dos sistemas históricos que han sido prevalentes en el derecho occidental con el fin de mostrar como la formación en el sistema del civil law o del common law, afecta la forma en que los estudiosos del derecho abordan la interpretación del derecho y también cual es el papel o el rol que juega el funcionario judicial dentro de ese sistema, dejando constancia que la tradición legalista y positivista típica del pensamiento jurídico colombiano, es producto de la filiación histórica al sistema del civil law, importada del pensamiento republicano francés de principios del siglo XIX, concepción sistemática que a día de hoy sigue siendo el paradigma de formación de los estudiantes de derecho del Estado colombiano.

El segundo capítulo de este libro, también muestra como desde una visión antiformalista del derecho las altas cortes del Estado colombiano, especialmente la Corte Constitucional, a través de su doctrina constitucional, ha modificado el tradicional entendimiento que se le ha dado a la teoría del precedente en Colombia y al rol que debe cumplir el poder judicial, incorporando elementos hermenéuticos de doctrinas extranjeras que proponen una inscripción de un rol más fuerte del juez, otorgándole la tarea de completar todos esos espacios vacíos que deja una concepción típicamente legalista del derecho, donde al legislador le es imposible por técnica jurídica dar por cumplida esa característica de plenitud que se suele dar al ordenamiento jurídico, en consecuencia, lo que pretende la Corte Constitucional, es acercar el pensamiento jurídico de la doctrina nacional, al sistema de derecho anglosajón, es decir, al common law.

Igualmente en el segundo capítulo se intentó demostrar como al funcionario judicial y preferentemente las altas cortes, desde una teoría fuerte del precedente, la literalidad de la norma no puede ser un obstáculo para alcanzar fines del Estado en su rama jurisdiccional, en este sentido el juez primero tiene un compromiso con los objetivos que persigue un modelo de Estado social de derecho, y si para ello requiere de abandonar una interpretación exegética, restrictiva, anacrónica y basada fundamentalmente en las disposiciones del

legislador, debe hacerlo, y optar por una visión hermenéutica de tipo creativo que permita tomar decisiones que sean coherentes con la realidad social.

Cuando el juez excepcionalmente opta por esta segunda vertiente interpretativa debe brindar argumentos suficientes que permitan concebir que su decisión no es producto de la arbitrariedad, sino por el contrario, es la materialización de otras fuentes del derecho que tiene el ordenamiento jurídico, que permiten a quien tiene la responsabilidad de tomar una decisión en ejercicio de la función jurisdiccional, aplicar todo su conocimiento para poder tomar la determinación que mejor resuelva los conflictos sociales sometidos a su criterio, a la par de esto se realizó una descripción de la normativa que actualmente se encuentra vigente para la regulación de la teoría fuerte del precedente judicial, que ha sido propuesta desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Para resolver los conflictos sociales que son objeto de la intervención del sistema judicial, se expresaron la existencia de múltiples criterios de corrección de la decisión judicial y se hizo especial énfasis en el criterio axiológico, debido al cambio hermenéutico que implica la incorporación de elementos valorativos de contenido moral dentro del ordenamiento jurídico, en este sentido se explicó la influencia que tiene la corriente política que impulsa la incorporación de los derechos humanos como pauta de validez de las normativas de cada Estado, motivo por el cual se puede afirmar la ruptura de la tradicional diferencia entre derecho y moral, al incorporarse al sistema de normas de forma positiva valores morales que deben ser observados por todas las autoridades al momento de ejercer sus funciones.

En el tercer capítulo se realiza una aproximación a la concepción clásica de la doctrina respecto de los criterios que guían la labor argumentativa, con el fin de establecer criterios académicos razonables que permitieran comprender la labor argumentativa que se realiza en la ciencia del derecho, se concluye en este aspecto que esta labor esta mediada de una interpretación que debe contener múltiples criterios de análisis como por ejemplo son el criterio gramatical, lógico, histórico y sistemático; en últimas la labor argumentativa está precedida de una hermenéutica compleja que va más allá de la simple literalidad de la norma un en los sistemas jurídicos típicamente legalistas y positivistas.

Seguidamente se brindó la distinción entre activismo judicial y judicialización del derecho, conceptos estrechamente relacionados, pero que poseen unas diferencias que permiten diferenciarlos, pese a la dificultad conceptual que ambos representan al ser ideas que no están completas y que la doctrina aun trata de definir, sin embargo, la actualidad internacional ha forzado a los Estados latinoamericanos a participar de la judicialización del derecho a partir de la teoría de los derechos humanos, lo cual ha servido de fundamento para que las altas cortes del Estado colombiano tomen decisiones que se enmarcan propiamente dentro del activismo judicial, producto de interpretaciones de tipo creativo que han pretendido buscar la realización de los derechos fundamentales consagrados en la constitución política de 1991.

La doctrina reconoce que aún falta un amplio camino por recorrer y que las buenas intenciones de algunos miembros de la rama jurisdiccional, han tenido también un efecto adverso que permite generar una falsa sensación de incorporación de los sectores marginados por el Estado, pese a la innegable realidad de desigualdad social que aqueja a Colombia, con todo, también se recalca que en gran parte las decisiones activistas en las altas cortes han disminuido, debido entre otras razones al temor de un contraataque por parte del legislador que pretenda reivindicar la legítima estructura de poderes diseñada por el constituyente de 1991.

Adicionalmente se analizó desde una perspectiva teórica y un análisis práctico, si las decisiones de la Corte Constitucional contribuían a la inseguridad jurídica, y se arribó a la conclusión que si bien sus decisiones pueden ser tomadas en virtud de una interpretación creativa, la aplicación del artículo 13 constitucional permite a quien se encuentre en condiciones similares a las decididas en un caso previo, exigir la aplicación de una solución similar, para de esta forma lograr en la práctica una suerte de estabilidad en las providencias que permita tener un mínimo de previsibilidad, sin embargo, aún quedan pendientes interrogantes como ¿de qué acciones dispone un individuo que se ve afectado por la novísima interpretación de un alto tribunal que decide variar su jurisprudencia, cuando este determinó su conducta con base en la interpretación anterior?

Se concluyó este último capítulo haciendo un análisis desde una hermenéutica que incorporara los criterios de argumentación propuestos por la doctrina, para determinar si efectivamente la teoría fuerte del precedente propuesta por la doctrina constitucional es viable a la luz de la constitución de 1991, se concluyó de esta forma, que pese al esfuerzo intelectual realizado principalmente por la Corte Constitucional de Colombia, dentro del ordenamiento jurídico hay suficientes razones para creer que esta propuesta es inviable, especialmente al realizar una interpretación no solo gramatical del artículo 230 constitucional, sino además, de una integración de una multiplicidad de normas que componen la constitución que permiten entrever el auténtico diseño dado por el constituyente a las funciones que deben ser ejercidas por cada una de las ramas del poder público.

En consecuencia con el análisis, se afirmó que el valor que pretenden otorgarle los reformistas y antiformalistas al precedente judicial, no está de acuerdo con las disposiciones constitucionales y que la vinculatoriedad de este está dada principalmente por la fuerza de sus argumentos, más que por la obligatoriedad normativa que perspicazmente se le ha pretendido otorgar por los propios miembros de la rama judicial.

Finalmente, basta decir que con este texto se pretendió brindar diversas ópticas a la problemática que implica actualmente el ejercicio de la función jurisdiccional, en el contexto de una mixtura de múltiples conceptos que históricamente han sido separados, pero que en la actualidad están perdiendo sus límites claros, así por ejemplo, no se puede afirmar con certeza que en Colombia rige un sistema del civil law o del common law, o si debe preferirse la práctica de decisiones creativas sobre la interpretación restrictiva, si en

Colombia se encuentra vigente un sistema piramidal de fuentes o podemos hablar de un sistema horizontal que permite el dialogo entre los elementos que orientan la decisión judicial, puesto que la ambigüedad del ordenamiento jurídico ha permitido sostener de forma simultánea posturas diametralmente apuestas.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo Betancur, N. (2010) Curso del derecho penal. Cuarta edición. Medellín: Nuevo Foro.
- Barrera Varela, P. J. (2014). La posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho colombiano. *Saber, ciencia y libertad*, 9(2), 57-70.
- Barría Paredes, M. (2011). El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina naciona. *Ars Boni et Aequi*, vol. 7, no 2., 257-277.
- Beccaria, C. (1974). De los delitos y de las penas. 2 ed. Europa - América ediciones jurídicas., Buenos aires.
- Carbonel Bellolio, F. (2015). Sobre la idea de decisión judicial correcta. *Analisi e diritto-Análisis y derecho*, 11-46.
- Carrillo De La Rosa, Y. (2011). La validez jurídica en el Iusnaturalismo y el positivismo. *Saber, ciencia y libertad*, 6(2), 89-103.
- Concepto Jurídico. (2020). In dubio pro reo. Derecho penal. Obtenido de <https://www.conceptosjuridicos.com/in-dubio-pro-reo/>
- Congreso de Colombia (24 de julio de 2000). Código de Procedimiento Penal [Ley 600 del 2000] DO: 44.097
- Congreso de Colombia (24 de julio de 2000). Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097
- Congreso de la República (12 de julio de 2012) Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012] DO: 48.489
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991) Artículo 29/ Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#29
- Corte Constitucional de Colombia (18 de abril de 2012) Sentencia C-289/12. expediente D-8698. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional de Colombia, (1 de Junio de 2016) Sentencia C-285/16, Expediente D-10990 [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez]

- Corte Constitucional de Colombia, (1 de Abril de 1993) Sentencia No. C-131/93, Demanda N° D-182 [MP Alejandro Martínez Caballero]
- Corte Constitucional de Colombia, (1 de Marzo de 1995) Sentencia No. C-083/95, Expediente No. D-665 [MP Carlos Gaviria Díaz]
- Corte Constitucional de Colombia, (10 de febrero de 2009), Sentencia C-069 – D-7318 [MP Vargas Hernández Clara Inés]
- Corte Constitucional de Colombia, (16 de abril de 2008), Sentencia C-335/08 - D-6943 y D-6946 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional de Colombia, (18 de abril de 2012), Sentencia C-289/12 – D-8698 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional de Colombia, (21 de Marzo de 1995) Sentencia No. T-123/95, Expediente T-48378 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional de Colombia, (22 de febrero de 2012), Sentencia C-121/12 – D-8634 [MP Vargas Silva Luis Ernesto]
- Corte Constitucional de Colombia, (29 de agosto de 2001), Sentencia C-917/01 – D-3375 [MP Beltrán Sierra Alfredo]
- Corte Constitucional de Colombia, (5 de febrero de 1996) Sentencia C-037/96, P.E.-008 [MP Antonio José Lizarazo Ocampo]
- Corte Constitucional de Colombia, (9 de Agosto de 2001) Sentencia C-836/2001, Expediente D-3374 [MP Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Suprema de Justicia, sala penal (13 de mayo 2009) Sentencia 31147 [MP Espinosa Pérez Sigifredo]
- Corte Suprema de Justicia, Sala penal. (09 de abril de 2008) Sentencia 23754 [MP Espinosa Pérez Sigifredo]
- Corte Suprema de Justicia, Sala penal. (27 de marzo de 2009) Sentencia 31103 [MP Espinosa Pérez Sigifredo]
- Corte Suprema Justicia, sala penal. (16 de diciembre 2015) Sentencia SP17457 [MP Bustos Martínez José Leónidas]
- Durán, C. C. (1999). La prueba penal (doctrina y jurisprudencia). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Echandia, D. (2002). Teoría general de la prueba. Bogotá: Temis.
- Echandia, H. D. (1996). Compendio De Derecho Procesal. Bogotá: Temis.
- Espitia, N. R. (2013). La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el estado colombiano. *Verba Luis*, 23. Doi: <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.29.2182>
- Feoli Villalobos, M. (2015). El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 22(2), 173-198. doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200006>
- Fonseca Ramos, M. (1992). Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución. *Revista de derecho*, 1(1), 32-45. Recuperado el 2 de abril de 2020, de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2435/1584>
- García Lozano, L. F. (2011). La Incidencia Del Concepto Estado De Derecho Y Estado Social De Derecho En La Independencia Judicial. Prolegómenos. *Derechos y Valores*, XIV(27), 181-198. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=876/87619038013>
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, (43), 11-48.
- Hans, W. (1956). Derecho penal, parte general. Buenos Aires: Depalma.
- Hennig Leal, M. C. (2012). La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente "un activismo" o "el" activismo. *Estudios constitucionales*, 10(2), 429-454. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200011>
- Hinestrosa, F. (2006). El Código Civil de Bello en Colombia. *Revista de Derecho Privado*(10), 5-27.
- Lifante Vidal, I. (2015). Interpretación Jurídica. En J. L. Fabra Zamora, & V. Rodríguez Blanco (Edits.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, pp. 1349-1385). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Lopez Medina, D. E. (2006). El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Legis.

- López Sterup, H. (2016). Dilemas sobre la relación entre derecho y moral. A propósito de la sentencia c-404 de 1998, de la corte constitucional de Colombia. *Derecho Público*, (36), 15.
- Losano, M. G. (2005). Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. *DOXA, cuadernos de filosofía del derecho*, 28, 159-182.
- Marinon, L. G. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Ius et Praxis*, 18(1), 249-266. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000100008>
- Muller, K. (2014) La carga de la prueba en el proceso penal acusatorio en Colombia: disyuntiva de aplicación en la jurisprudencia de las altas Cortes. *Revista Derecho Público*, 32. Obtenido de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub431.pdf
- Parra, Q. (2007). Manual del Derecho probatorio. Bogotá: ediciones del profesional limitada.
- Pava, C. C. (2014). La Carga de la prueba y el derecho a probar en el código general del proceso, *Revista Cultural Unilibre*, 2. 54-71
- Pérez Carrillo, J. R. (2010). Causas de indeterminación en el sistema de fuentes del derecho. *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (4), 303-321. Recuperado el 1 de 4 de 2020, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4219/421940002010>
- Pérez, J. P. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica –decaimiento de su aplicabilidad. *Estudios de Derecho - Estud. Derecho- Vol. LXVIII. (152)*, Obtenido de: http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJuliana_2011_CargaResponsabilidadAdministrativa.pdf
- Pérez, M. I. (07 de junio de 2016). Legis ámbito jurídico. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/procesal-y-disciplinario/la-distribucion-de-la-carga-de-la-prueba-deber-o-facultad-del#:~:text=El%20C%C3%B3digo%20de%20Procedimiento%20Civil,sustento%20de%20su%20pretensi%C3%B3n%20o>
- Prieto Sanchís, L. (2006). Derecho y moral en la época del constitucionalismo jurídico. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 67-85.
- Quijano, J. P. (2008). Manual de derecho probatorio. Bogotá : abc.

- Real Academia Española [RAE]. (s.f.). Carga de la prueba en derecho. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/carga-de-la-prueba>
- Real Academia Española [RAE]. Prevaricación (s.f.). Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/prevaricaci%C3%B3n-administrativa>
- Reale, M. (1997). Teoría tridimensional del Derecho. Madrid. España: Editorial Tecnos.
- Rheinstein, M. (1955). El Derecho común y el derecho civil: una comparación elemental artículo. *Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, (25).
- Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires* 6 (12), 199-220. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3743458>
- Saffon, M. P., & García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 75-107.