

**IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA EN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PENAL.**

DIANA PATRICIA EUSSE ARENAS

EDWARD JEFERSON BECERRA COSSIO

JASSON ESTANISLAO BECERRA COSSIO

TABLA DE CONTENIDO

- **Introducción.**
- **Metodología e instrumentos.**

MARCO TEÓRICO.

- **Capítulo I. La motivación como legitimación de la decisión judicial y la argumentación judicial.**
- **Capítulo II. Aproximación al concepto de doctrina.**
- **Capítulo III. El papel de la doctrina en la argumentación judicial.**
- **Capítulo IV. La argumentación en la Sala Penal del Tribunal superior de Medellín.**
- **Capítulo V. Resultados del uso de la doctrina por el TSM-SP durante los años 2015, 2016 y 2017, datos estadísticos.**
- **Conclusiones.**
- **Recomendaciones.**
- **Bibliografía.**
- **Anexos.**

INTRODUCCIÓN.

Se pretendió con el trabajo de investigación de que se trata, identificar si, tal como se ha inferido desde la experiencia profesional, efectivamente el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, ha abandonado la doctrina penal, tanto nacional como internacional, como criterio de argumentación de sus decisiones para, si ello es así, proponer estrategias que permitan un acercamiento a todos los operadores jurídicos a tan importante criterio de argumentación y fundamentación, máxime cuando estatutos procesales señalan que además de la ley, los jueces deberán tener en cuenta, entre otras, la doctrina.

Luego de hacer una contextualización de la importancia de la doctrina para la argumentación jurídica y en especial para la argumentación judicial, se definió un instrumento, (ficha) para recopilar la información que mostrara el uso de la doctrina en las decisiones de segunda instancia de la sala penal del tribunal superior de Medellín para los años 2015 a 2017, a partir de lo cual se hizo el análisis cuantitativo y cualitativo sobre el uso de la doctrina en las decisiones de segunda instancia de dicho juez colegiado en el periodo de tiempo indicado, tomando una muestra de trescientas sentencias, 100 por cada uno de los años 2015 a 2017, extractando la información más relevante de la misma.

METODOLOGÍA E INSTRUMENTOS.

Esta fue una investigación de carácter cualitativo, que intentó hacer una aproximación de carácter global a una situación de carácter social para tratar de explorarla, describirla y explicarla; en el presente caso se trató de la técnica de argumentación o motivación de las decisiones de segunda instancia del Tribunal Superior de Medellín, sala Penal, durante los años 2015, 2016 y 2017, en punto específico del uso de la doctrina como criterio auxiliar o argumento de autoridad en sus decisiones y la importancia de dicho uso.

Esta investigación tuvo un enfoque documental y hermenéutico, apoyada en un proceso de trabajo de campo respecto de la utilización de la doctrina en la jurisprudencia del tribunal superior de Medellín, sala penal, para los años en comento para determinar la importancia de la misma para el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, en dichos años.

La investigación tuvo cinco momentos:

1. Búsqueda del material bibliográfico sobre identificación de los medios de argumentación jurídica y la importancia de la doctrina en el proceso de la decisión judicial.
2. Selección aleatoria de la muestra de jurisprudencia del Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, entre los años 2015- 2017

3. Aplicación de un instrumento para la extracción de la información relevante sobre la utilización o no de la doctrina.
4. Tabulación de datos y elaboración de informe de resultados.
5. Elaboración de un informe final contentivo de los análisis obtenidos a partir de los datos.

El instrumento utilizado fue una ficha en la que se recogió la información de identificación de la providencia, la descripción de la doctrina utilizada, cuando la hubo, indicando su origen, relevancia y si fue o no determinante y, finalmente, la decisión respecto de si revocaba, modificaba o confirmaba la decisión impugnada.

**FICHA TÉCNICA ANÁLISIS SENTENCIAS
INVESTIGACIÓN: IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA POR PARTE DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN – SALA PENAL**

FICHA NRO. 001 DE SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN				
IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA				
Elaborada por				
Radicado				
N°. providencia				
Fecha				
Magistrado Pte.				
Procesado				
Delito				
Apoyo doctrinal	SI		NO	
DESCRIPCIÓN DE LA(S) CITA(S) DOCTRINAL(ES)				
AUTOR/TEXTO				
CITA				
FORMATO				
UBICACIÓN	MAYORIA		SALVAMENTO/ACLARACIÓN	
DETERMINANTE	SI		NO	

ORIGEN	NACIONAL		EXTRANJERA	
DECISIÓN				
REVOCA				
MODIFICA				
CONFIRMA				

Capítulo I. LA MOTIVACIÓN COMO LEGITIMACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL.

Con fundamento en la importancia del derecho a la libertad, se han creado, reconocido o desarrollado derechos que buscan afirmar ese derecho a la libertad, creando límites al ejercicio del poder estatal; es así como inicialmente surge el principio de legalidad, del cual se derivan sus desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales del principio de tipicidad o estricta legalidad, que dan la garantía al asociado a que su libertad solo se verá amenazada en caso de cometer la conducta que el legislador, de manera previa, le había aparejado una consecuencia negativa; con ello se pretendió morigerar el poder absoluto que estaba en cabeza del monarca, quien podía decir en cualquier momento qué constituía un delito; con el reconocimiento del principio de legalidad se le daba al ciudadano la oportunidad de prever la consecuencia adversa de su conducta y quedaba librado a su albedrío si se arriesga a la misma o no, pero lo importante es que le era posible prever esa consecuencia, no había un capricho del momento del gobernador de turno.

A partir de ese principio de legalidad y junto con la dinámica de las instituciones jurídicas, van surgiendo en las diferentes escuelas del derecho, en especial las del derecho penal, principios como el de la decisión motivada, y ello por cuanto no obstante la importancia del principio de legalidad, bajo la premisa que la ley es general y abstracta, en su aplicación práctica se presentaron problemas que no se resolvían a través de la subsunción de los hechos en las premisas normativas.

Empiezan en los siglos XVIII Y XIX las corrientes de la lógica formal, pasando por el formalismo metodológico y el razonamiento, corrientes con las cuales se demostró la imperfección del sistema jurídico y la insuficiencia de la mera lógica para determinar adecuadamente las decisiones judiciales.

Es así como surgen, en el siglo XX, las primeras teorías de la argumentación jurídica - en donde destacan autores como Perelman -, poniendo de presente que la ley, a pesar de su generalidad y abstracción, necesitará en algunos eventos de cierto grado de interpretación; estos inicios de la teoría de la argumentación jurídica lamentablemente despreciaban la lógica formal, que no por insuficiente fuera inútil (Perelman, 1989).

Este recorrido de la lógica formal a la actual teoría de la argumentación jurídica, no ha sido pacífico, así lo afirma GARCÍA (s.f):

Buena parte de la responsabilidad por esos excesos la tienen algunos autores que figuran entre los precursores más destacados de la teoría de la argumentación jurídica, como Viehweg o Perelman. Pero en realidad luchaban contra molinos de viento, pues a la altura en la que escribían ningún teórico serio del derecho sostenía que la lógica determinase la decisión judicial en su integridad, y ni siquiera que tal cosa pudiera concebirse porque el sistema fuera tan claro, coherente y pleno como antaño se quiso creer. Cuando estos autores insistieron en que la dificultad de la aplicación del derecho no radica en extraer el fallo a modo de conclusión lógica a partir de las premisas sentadas, sino en dotar de

contenido a estas premisas, la normativa y la fáctica, no estaban diciendo nada que entonces fuera ya radicalmente original. Su aportación como precursores de la teoría de la argumentación va por otro lado, sin duda. Incurrieron, ellos también, en el error de pensar que si la lógica no determina, de nada vale. Tal postura no es sino la expresión de la frustración de un pensamiento jurídico que pierde sus viejas -y ficticias- seguridades y que reacciona culpando a quien no puede dar todo lo que se le había exigido, la lógica. Se concentraron en demostrar que la discusión en la que se establecen las premisas normativa y fáctica del razonamiento judicial tiene un carácter tópico o retórico, pero no insistieron suficientemente en que, si se quiere que dicho razonamiento judicial sea mínimamente racional, ha de ser formalmente correcto, lógicamente correcto el modo en que el fallo se extraiga de las premisas así sentadas; y menos aún repararon en que también ese razonamiento que se lleva a cabo al tratar de fundamentar las respectivas premisas no puede renunciar a la corrección formal, independientemente de dónde busque sus contenidos.

A partir de estos lineamientos teóricos, se construye otra teoría, la de los argumentos, y en lo que respecta al problema que nos ocupa, el argumento de “apelación a la autoridad”. Dicho argumento ha sido tratado en los distintos textos de preparación de nuestros operadores judiciales, en los que se explica su uso, de cuándo este es adecuado y cuándo falaz, advirtiendo que no todo argumento de “apelación a la autoridad” judicial por la jerarquía, obedece a un argumento de apelación a la autoridad en la materia.

Así, en el Módulo de Argumentación en procesos judiciales que forma parte del Programa de Formación Judicial del Área Básica construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se advierte de la falacia que puede resultar el argumento de apelación a la autoridad, únicamente porque lo dijo el superior jerárquico. (Consejo Superior de la Judicatura, 2003):

Si la discusión es entre expertos y se apela a la autoridad de un experto del mismo grado o de un grado inferior a quienes protagonizan la discusión, entonces el argumento ad verecundiam es falaz.

Esta regla se basa en que la autoridad es una propiedad que se presenta en grados. Un estudiante de derecho es una autoridad para los estudiantes de física, pero no lo es para sus profesores, y éstos, a su vez, pueden considerarse una autoridad respecto de sus alumnos pero no para otros especialistas de su área. Así como es difícil determinar, en ciertos casos, si un sujeto puede considerarse una autoridad o no, lo es más aún precisar el grado de autoridad que cabe atribuirle. Pero como dijimos al presentar estas reglas, esto es lo que lleva a tener que evaluar, caso por caso, los argumentos antes de poder determinar su carácter falacioso y, sobre todo, lo que determina que dicha tarea no resulte mecánica.

Resulta falaz apelar a la autoridad de un experto del mismo grado de quienes protagonizan la discusión, o bien, de grado inferior, pero no lo es apoyarse en la opinión de expertos de grado superior. Por ejemplo, en la disputa entre Bohr y

Einstein sobre cuestiones de física teórica, ninguno de los dos podía apelar a la opinión de otro físico para dirimir la cuestión, sin cometer una falacia.

En la práctica jurídica es común que los jueces apoyen sus posiciones en lo dicho por otros colegas en sus sentencias. En estos casos, resulta legítimo apoyarse en autoridades de grado superior, e incluso, del mismo rango –y en la práctica judicial resulta un poco más sencillo determinar las jerarquías, pero constituye una falacia cuando la autoridad a la que se alude es de grado inferior a la autoridad de quien argumenta. En tales casos, no obstante, hay que tener cuidado de no confundir autoridad judicial con autoridad cognitiva. Puede que un sujeto sea una eminencia en cierta área especializada, pero que en la jerarquía judicial se encuentre en un grado inferior a quien pretenda hacer valer su opinión. En estos casos no estamos ante una falacia porque el sujeto sería citado como autoridad teórica y no como autoridad judicial.

La mayoría de las apelaciones a la autoridad en materia judicial no son falaces pues, o bien se alude a la opinión de teóricos de reconocido prestigio, o bien a la de organismos jerárquicamente superiores, pero, al evaluarlas, conviene tener presente esta regla, porque pueden existir usos falaciosos no evidentes.

Una cuestión muy distinta es aceptar los argumentos formulados por otros jueces. En ese caso, la conclusión se apoya en el argumento formulado por la autoridad y no sólo en su opinión.

Es muy común adherirse a las razones de un juez preopinante, por ejemplo. En esos casos, no estamos apelando a su autoridad –lo que sería prima facie falaz, según esta regla-, sino tomando sus argumentos. Si dichos argumentos son sólidos en boca de un colega, también lo serán en la nuestra. Pero su solidez no dependerá de quién haya sido el que los haya formulado antes, sino que, tal como haríamos para evaluar cualquier argumentación, deberemos examinar la verdad de sus premisas y la corrección lógica de sus estructuras. No estamos en presencia de un argumento de apelación a la autoridad, o al menos, no como único soporte para nuestras afirmaciones.

Encontramos también que en los programas de capacitación a otros operadores jurídicos, se destaca el papel que la motivación de la sentencia juega en el ámbito jurídico social (Fiscalía General de la Nación, 2007)

En un Estado constitucional la labor judicial representa una de las más importantes expresiones del poder estatal. Además de las trascendentales funciones que la Constitución y la ley le asignan, el juez encarna el ideal de solucionar los conflictos por la senda de la razón y no a través de la violencia. De ahí la necesidad de que los funcionarios judiciales expresen con claridad y suficiencia las razones de sus decisiones, pues, en últimas, la ausencia de motivación al decidir un conflicto jurídico, sobre todo cuando el mismo está asociado a derechos tan importantes como la libertad, termina siendo una forma de violencia.

...

En efecto, solo a partir de la motivación de sus decisiones el funcionario judicial demuestra su voluntad de someterse al ordenamiento jurídico (al imperio de la ley), pues asume la carga de explicar los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos que sirven de fundamento a su decisión, y dicha actividad se erige en presupuesto necesario para ejercer el derecho de contradicción, pues, en palabras simples, no es posible rebatir aquello que no se conoce.

...

Una adecuada motivación solo es posible si se consideran las diferentes posiciones de las partes frente a un determinado problema jurídico. En efecto, el derecho a ser escuchado implica que el funcionario encargado de tomar la decisión tenga en cuenta los planteamientos, pues de lo contrario dicho derecho no trascendería la simple formalidad. Este aspecto también debe ser tenido en cuenta por el fiscal, no sólo al valorar la posición de los demás intervinientes en las audiencias públicas, sino además cuando decide optar por celebrar un acuerdo o dar aplicación al principio de oportunidad, máxime si se tiene en cuenta el importante desarrollo legislativo y judicial que han tenido los derechos de las víctimas. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado que la motivación debe incluir todos los aspectos trascendentales de la decisión.

Consideramos, entonces, que la teoría de la argumentación en el siglo XX no es ajena al dinamismo de las concepciones de Derecho y Estado, por lo que los sistemas jurídicos responden

– y con ellos la teoría de la argumentación - a esas nuevas tendencias políticas y jurídicas que están transversalizadas por la explosión demográfica, la globalización económica, los avances tecnológicos, etc, haciendo que no solo se reconceptualice la noción de Estado y los sistemas jurídicos a él aparejados, sino también las teorías de la argumentación en el quehacer judicial que sean coherentes con esa noción de Estado.

En efecto, durante el Estado de Derecho, vimos como el principio de legalidad era el fundamento principal de las decisiones judiciales e hicieron carrera expresiones como “dura es la ley pero es la ley”, lo que se contrapone diametralmente a lo que sucede en los Estados Constitucionales de Derecho, donde el poder legislativo está más regulado y controlado.

Véase como al respecto Manuel Atienza, (ATIENZA, 2006), afirma:

El tercero de los factores se vincula con un cambio general en los sistemas jurídicos, producido con el paso del Estado legislativo” al “estado constitucional”. Por Estado Constitucional, como es obvio, no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la constitución (que puede no serlo en sentido formal: puede no haber un texto constitucional) contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales (vid. Aguiló, 2001); b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho, y c) mecanismos de control de la constitucionalidad

de las leyes. Como consecuencia, el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado Constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional hay ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos.” (Subrayas ajenas al texto original).

Desde la concepción del “Contrato Social”, ROUSSEAU (2013) el papel del Juez ha sido preponderante toda vez que, en últimas, es el que legitima la existencia del Estado de Derecho; en una sociedad que se quiera llamar civilizada y que está en permanente crecimiento en tamaño y complejidad, consideramos que el papel del juez es fundamental al momento de ejercer el control social elegido por el modelo de Estado, es decir, al momento de poner en marcha el sistema jurídico vigente, y es por ello que la decisión judicial se hace cada vez más exigente frente a los administrados, porque ese concepto de Estado y de sistema jurídico también se

vuelve más complejo cada día, haciendo de la argumentación la herramienta con la que el juez se legitima frente a las personas a quienes va dirigida su decisión y frente a la sociedad en general.

Y ello es así, porque la decisión judicial no es solo la solución a un conflicto específico, sino que sus efectos permean la sociedad en general y el modelo de estado, en especial los estados de derecho y, desde luego, el estado constitucional de derecho.

Ello, por cuanto desde sus orígenes se

caracterizaba [a] el proceso de la decisión judicial con tres notas: a) garantiza a las partes la participación, mediante el derecho a ser oído, presentar pruebas y razonar argumentos; b) obliga a quien decide a oír a las partes; c) obliga a quien decide a razonar el acto para que pueda ser abiertamente contestado por todos.

(DE ASIS, 1995)

Consideramos que esas características de la decisión judicial son las que permiten desarrollar los más caros principios que se desprenden del Debido Proceso, tales como el de decisión motivada y la posibilidad de la segunda instancia, pues no puedo decirse al superior que no se comparte una decisión, sino se saben los motivos de la misma.

La doctrina española (DE ASIS, 1995) ha indicado que

... La motivación de la sentencia es el canal de la legitimación de la decisión, y en este sentido es posible afirmar que el método jurídico posee relevancia constitucional.

...

A través de ella se busca:

- a) Que el juzgado ponga de manifiesto las razones de su decisión en virtud del derecho del justiciable y del interés legítimo de la comunidad en conocerlas,
- b) Que se compruebe que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad, es decir, es consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento.
- c) Que las partes o la comunidad tengan la información necesaria para recurrir, en su caso, la decisión.
- d) Que los tribunales competentes tengan la información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho.

Para nosotros resulta incuestionable que la motivación de las decisiones tiene una importancia mayúscula, cuando de legitimar la actividad judicial se trata, ya que se espera de ella, la actividad judicial, la efectividad de los derechos y garantías que otorga y reconoce el ordenamiento jurídico.

Por eso creemos que corresponde al operador jurídico, con más al juzgador, explicar las razones de porqué escogió tal norma para regentar el caso, de porqué dio por probados unos determinados hechos y con fundamento en cuáles medios probatorios; deberá también el

juzgador explicar que los hechos probados se subsumen o no en la norma que gobierna el caso y porque ello permite arribar a la conclusión con la cual solucionó el problema jurídico que planteaba el asunto.

Todo ese proceso de explicación es lo que conocemos como motivación de la decisión, y ello se hace a través de las distintas formas de argumentar que se han desarrollado desde los inicios de la sociedad hasta nuestros días y que han tenido procesos de desarrollo y crecimientos paralelos a los vividos por la sociedad misma.

Hoy hacemos parte de una sociedad gobernada por un Estado Constitucional de Derecho, que no se satisfará con la máxima de origen romano “dura es la ley, pero es la ley”, que tanto convino y alegró durante el nacimiento del Estado de Derecho post-revolucionario; no, en la sociedad actual exigimos una decisión judicial racionalizada, que aunque precedida de presunción de legalidad y acierto, resista la confrontación con el ordenamiento jurídico vigente.

En nuestro sentir, el administrado que resultó vencido con la decisión judicial necesita y tiene derecho a saber por qué sus pretensiones no salieron avantes, y esa necesidad debe ser satisfecha por el juez, para que se pueda garantizar el derecho a la doble instancia, cuando a ello haya lugar.

Para el profesor Manuel Atienza, (ATIENZA, 1993), más que una explicación, ello comporta una justificación:

Así, una cosa es el procedimiento mediante el que se llega a establecer una determinada premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento consistente en justificar dicha premisa o conclusión. Si pensamos en el argumento que concluye afirmando que ‘a los presos del Grapo se les debe alimentar a la fuerza’, la distinción la podemos trazar entre los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc., que movieron a determinado juez a dictar esa resolución; y las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable (que está justificada). Decir que el juez tomó esa decisión debido a sus fuertes creencias religiosas significa enunciar una razón explicativa; decir que la decisión del juez se basó en una determinada interpretación del artículo 15 de la Constitución significa enunciar una razón justificatoria. Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas.

La judicial debe ser una decisión que, además de convencer, persuade, entendiendo con tales ejercicios, convencer y persuadir, son distintos (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1989).

Estos doctrinantes han acuñado una sutil pero importante diferencia entre los dos conceptos que muchas de las veces los utilizamos como sinónimos; desde su teoría de la argumentación, se hace razonable la diferenciación terminológica porque se está atendiendo, también, a los destinatarios de los argumentos que se intentan persuadir más que convencer.

Sostiene Perelman & Olbrechts (1989) que persuadir es lograr adeptos a nuestra teoría, sin importar que los motivos ofrecidos sean o no válidos, mientras que convencer busca el mismo fin, pero poniendo énfasis en que los argumentos o motivos ofrecidos sí tienen que ser válidos.

En este punto, se ofrece el ejemplo reciente de cómo en el Reino Unido se llamó al pueblo para que en un plebiscito votaran a favor del Brexit y cuando se obtuvieron los resultados favorables esperados, los promotores del mismo confesaron públicamente que habían mentido en las razones dadas para la salida del Reino Unido de la Unión Europea; es decir, persuadieron al pueblo, con las razones equivocadas.

Algo similar ocurrió en Colombia con el referendo por la paz, en el que ganó el no; al día siguiente, los promotores del No confesaron públicamente que habían mentido para que el pueblo saliera a votar con miedo; también persuadieron, pero con unos argumentos no válidos.

No queremos decir lo anterior que todo intento de persuasión venga acompañado de argumentos artificiosos y engañosos; no, lo que se quiere ejemplificar es cómo mientras en la persuasión se atiende al fin, para la convicción lo importante es la validez de los argumentos, porque se llegó a tal conclusión.

En extenso, la posición sobre cómo el persuadir se enfoca en una audiencia específica y el convencer en la corrección (sentida íntimamente por el argumentador) de los motivos que fundamentan la tesis a defender, es presentada por el filósofo belga, en los siguientes términos:

De hecho, asistimos aquí a la reanudación del debate secular entre los partidarios de la verdad y los de la opinión, entre filósofos, buscadores de lo absoluto, y retóricos, comprometidos en la acción. Con motivo de este debate, parece que se elabora la distinción entre persuadir y convencer, distinción a la que aludiremos en función de una teoría de la argumentación y del papel desempeñado por ciertos auditorios.

Para aquel que se preocupa por el resultado, persuadir es más que convencer, al ser la convicción sólo la primera fase que induce a la acción. Para Rousseau, de nada sirve convencer a un niño «*si l'on ne sait le ppersuader*» (si no se sabe persuadirlo). En cambio, para aquel que está preocupado por el carácter racional de la adhesión, convencer es más que persuadir. Además, el carácter racional de la convicción tenderá, unas veces, hacia los medios utilizados; otras, hacia las facultades a las que se dirige. Para Pascal, el autómeta es a quien se persuade, y entiende por autómeta el cuerpo, la imaginación, el sentimiento, en una palabra, todo lo que no es en absoluto la razón. Con mucha frecuencia, se piensa que la persuasión «*se paie de raisons affectives et personnelles* » (se aducen razones afectivas y personales), dado que a menudo la persuasión es «*sophistique*» (sofística). Sin embargo, Dumas no precisa en qué diferiría técnicamente esta prueba afectiva de una prueba objetiva.

...Se nos dirá, por ejemplo, que tal persona, convencida de lo malo que es masticar demasiado deprisa, no dejará por ello de hacerlo; de este modo, se aísla de todo un conjunto el razonamiento sobre el que descansa esta convicción. Se olvida, por ejemplo, que esta convicción puede enfrentarse a otra, la que nos afirma que se gana tiempo comiendo más rápido. Por tanto vemos que la concepción de lo que constituye la convicción, la cual puede parecer que está fundada en una diferenciación de los medios de prueba o de las facultades que se ponen en juego, a menudo descansa también en el aislamiento de ciertos datos dados en el seno de un conjunto mucho más complejo.

Si alguien se niega, como lo hacemos nosotros, a adoptar esas distinciones dentro de un pensamiento vivo, es necesario reconocer, no obstante, que nuestro lenguaje utiliza dos nociones, convencer y persuadir, entre las cuales se estima generalmente que existe un matiz comprensible.

Nosotros, nos proponemos llamar persuasiva a la argumentación que sólo pretende servir para un auditorio particular, y nominar convincente a la que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón. El matiz es mínimo y depende, esencialmente, de la idea que el orador se forma de la encarnación de la razón. Cada hombre cree en un conjunto de hechos, de verdades, que todo hombre <<normal>> debe, según él, admitir, porque son válidos para todo ser racional. Pero, ¿es así de verdad? ¿No es exorbitante la pretensión a una validez absoluta para cualquier auditorio compuesto por seres racionales? Incluso al autor más concienzudo no le queda, en este punto, más remedio que someterse al

examen de los hechos, al juicio de los lectores. En todo caso, habrá hecho lo que está en su mano para convencer, si cree que se dirige válidamente a semejante auditorio. (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1993, pp 65-67)

Consideramos que ello es así porque, como veníamos diciendo, con el advenimiento del Estado social de Derecho Constitucional, se obliga al operador jurídico a motivar sus decisiones, no ya con la simple subsunción de los hechos a los preceptos normativos que se han elegido para solucionar el caso, sino que ello debe hacerse con un referente superior, en clave de Derecho Constitucional, donde los Derechos Fundamentales constituyen la garantía de no arbitrariedad en la decisión judicial, garantías que se satisfacen con una decisión debidamente motivada, basada en las pruebas legalmente producidas en el proceso, con audiencia de las partes, confrontación y contradicción probatoria.

Esa motivación garantiza además la efectividad de derecho fundamental a la doble instancia, como quiera que desde la teoría de la impugnación la segunda instancia es un escenario para combatir los argumentos o motivos de la decisión recurrida y no un nuevo espacio de alegatos a favor de la postura o tesis del recurrente.

Y ello conlleva que en sede de segunda instancia, la motivación de la decisión también sea un ejercicio dialéctico con una carga argumentativa mayor para que la parte recurrente resulte, si no persuadida, necesariamente convencida de la decisión; carga que debe cumplirse también de cara a la parte no recurrente pues, cuando sea el caso, deberá ser debida y legítimamente convencida que la decisión que en principio y ante el juez de conocimiento le favoreció, va a

ceder frente al recurso por orden de un juez colegiado que no tuvo inmediatez con la práctica probatoria ni escuchó, de viva voz, los argumentos de las partes en la Litis inicial.

Recientemente, en sede de acción de tutela, nuestro órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, STP 10868, T99864, 2018) sobre el deber de motivar fundadamente las decisiones judiciales, dijo:

2.2. Para lo que interesa al caso objeto de análisis, el *deber de motivar las decisiones judiciales*, como lo ha precisado la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, emana de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Al respecto, en sentencia C-145/98 dijo la Corte Constitucional que *«la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez»*, por lo cual *«se exige que, en su sentencia, el juez realice un esfuerzo argumentativo con miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta»*.

En esa línea, en decisión T-214/12, expuso:

4.4. Dado que el juez debe pronunciarse sobre hechos del pasado, a los que no puede acceder directamente, su tarea consiste en exponer cómo, mediante el uso de reglas de la experiencia, puede inferir la existencia de hechos pasados a partir de determinados hechos presentes recaudados mediante las vías legales de decreto y práctica de pruebas.

La comprensión del razonamiento en materia de hechos como uno de carácter primordialmente inductivo, dirigido más a fortalecer la probabilidad de una hipótesis que a lograr la certeza sobre ésta, la **importancia de la pluralidad de medios de prueba para fortalecer tales hipótesis, el análisis individual de cada medio de convicción y el posterior análisis conjunto de las pruebas, la fuerza de las reglas de la experiencia** (generalizaciones de hechos previamente observados) utilizadas por el juez, son las herramientas con las que cuenta y a las que **debe recurrir el juez para fundar su premisa fáctica**. (C-202/05, T589/10, T-1015/10).

4.5. La Corte Constitucional ha efectuado importantes avances en determinar los estándares de racionalidad y razonabilidad que exige la determinación de los hechos del caso y ha explicado cómo **el deber de motivación no se agota en una exposición sobre la interpretación de las normas jurídicas, sino que involucra también la explicación de ese paso entre pruebas y hechos, a través**

de la sana crítica, la aplicación de reglas de inferencia plausibles, y los criterios de escogencia entre hipótesis de hecho alternativas. (Ibídem).

4.6. La motivación, por todo lo expuesto, es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales (énfasis agregado).

Además, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha destacado que el error por deficiencia en la motivación de las decisiones judiciales se puede presentar bajo distintas modalidades, que han sido identificadas de la siguiente manera:

Para la Corte, cuatro son las situaciones que pueden dar lugar a la nulidad de la sentencia por violación del deber de motivación: (1) Ausencia absoluta de motivación. (2) Motivación incompleta o deficiente. (3) Motivación equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente. Y (4) motivación sofisticada, aparente o falsa.

En relación con esta última debe ser precisado que solo vino a ser incluida en forma expresa como fenómeno generador de nulidad por defectos de motivación en la referida providencia, pero que la Corte ya venía aceptando sus implicaciones invalidatorias de tiempo atrás, como surge del contenido de la decisión de 11 de julio de 2002, que allí se cita.

La primera (ausencia de motivación) se presenta cuando el juzgador omite precisar los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión. La segunda (motivación incompleta) cuando omite analizar uno cualquiera de estos dos aspectos, o lo hace en forma tan precaria que no es posible determinar su fundamento. La tercera (equivoca) cuando los argumentos que sirven de sustento a la decisión se excluyen recíprocamente impidiendo conocer el contenido de la motivación, o cuando las razones que se aducen contrastan con la decisión tomada en la parte resolutive. Y la cuarta (sofística), cuando la motivación contradice en forma grotesca la verdad probada.

(...) la motivación falsa entendida como aquella que es inteligible, pero equivocada debido a errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque las supone, las ignora, las distorsiona o desborda los límites de racionalidad en su valoración, debe invocarse por la vía de la causal primera cuerpo segundo. (CSJ SP, 13 mar 2004, rad. 17738, reiterada en CSJ SP16171 – 2016)

De igual manera, precisó esta Corporación, que *«solo la carencia total de motivación, la ausencia de decisión sobre un problema jurídico fundamental para la resolución del caso o la motivación ambivalente, conducen a la nulidad de la decisión»* (CSJ SP1783 – 2018).

La doctrina se ha ocupado del deber de motivar no solo respecto de la decisión penal; la doctrina procesal civil (DE PINA & CASTILLO, 1979) se ha encargado también de este tema, encontrándonos que en México también se afirma que la motivación, se convierte en uno de los requisitos sustanciales de las sentencias, que junto con la congruencia y la exhaustividad legitiman la actuación judicial. La congruencia, relativo a que lo resuelto por el juez o tribunal debe tener correspondencia o relación lógica con lo aducido o pedido por las partes; la motivación hace relación, a la obligación de expresar los motivos, razones y fundamentos de la decisión, obligación que se acentúa cuando se trata de culminar un proceso jurisdiccional con fuertes implicaciones en derechos fundamentales, como la Libertad personal y, la exhaustividad, en tanto la decisión se ocupe de todas y cada una de las cuestiones planteadas. (Gómez, 1996, p. 295)

La motivación, es la expresión de los argumentos del juez con los que pretende convencer y legitimar su decisión, porque sabemos que sentencia viene de sentir y es por ello que el juez indique qué fue lo que sintió respecto de lo que pasó en el proceso, en sus dos instancias, y la expresión de ese sentimiento tiene que ser, en materia penal, que tuvo la convicción más allá de

toda duda razonable, para condenar, o que lo que sintió fueron dudas y que por ello deja incólume la presunción de inocencia.

Pero ese sentimiento debe expresarlo más allá de un palpito o de una conjetura, y es por eso que la labor argumentativa del porqué de su decisión, es decir, los motivos que lo llevaron a esa decisión, alcanza la importancia que hoy queremos resaltar:

En la parte motiva el juez de forma ordenada debe expresar sus argumentos, sin sujetarse a un criterio gramatical o literal de aplicación, procurando convencer. Mediante la motivación el tercero súper partes expresa los razonamientos fácticos y de derecho que conducen a la apreciación y valoración de los elementos de confirmación, así como a la interpretación del sistema de fuentes vinculado a las causad planteadas por el actor y por el opositor. (Agudelo, 2007, p. 403)

Creemos que es en esa misma dirección que el juez debe convencer, porque debe presentar razones, justificaciones y argumentos que deben ser válidos, con independencia de la adhesión que frente a la postura puedan tener los destinatarios de la misma.

Aunque el ideal sería que una argumentación judicial convincente fuera a la vez persuasiva respecto a todos los destinatarios de la misma, (partes, jueces superiores y la sociedad en general), lo cierto es que la garantía se satisface con argumentos convincentes, válidos respecto del Ordenamiento Jurídico Vigente para que, al menos, el vencido pueda acudir a la segunda instancia o a los recursos extraordinarios, según el caso.

- **Capítulo II. Aproximación al concepto de doctrina.**

La palabra Doctrina viene del latín *Doctrina*, que significa ciencia o sabiduría; deriva del prefijo *docere* que significa enseñar, al igual que docente, el que enseña.

Según García (1978), recibe el nombre de Doctrina el conjunto de estudios que realizan los juristas respecto del derecho, con propósitos teorizantes, sistematizadores e interpretativos de las normas y su aplicación así como de las instituciones jurídicas:

Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación. (p. 76)

En el contexto nacional, se precisa sobre el término en cuestión, lo siguiente:

Se entiende por Doctrina todas las teorías y estudios científicos contenidos en libros, monografías, tratados, revistas, que contribuyen a la interpretación del Derecho positivo y que guían las reformas de la legislación, así como pauta para la aplicación del Derecho.

...

Estas doctrinas de los juristas no tienen fuerza obligatoria su autoridad depende de la fuerza de convicción de que están dotadas. El juez acude voluntariamente a la doctrina y acoge o rechaza sus postulados y planteamientos de conformidad con su propio criterio. (Rojas, 1996, p. 110)

La doctrina ayuda a la sistematización y organización del conocimiento jurídico, porque la mayoría de las veces los estudiosos abordan un tema o una institución desde sus orígenes, enseñando los cambios que ha tenido en el tiempo, su evolución histórica, la forma cómo fue traída a nuestro escenario jurídico y cómo ha sido su implementación por los operadores jurídicos.

Ese compendio de teorías, conceptualizaciones y estudios, realizados en la mayoría de los casos con alto rigor científico, se encuentra compilado en libros, monografías, tesis y artículos de revistas, muchos de los cuales están disponibles en bases de datos gratuitas tales como DialNet, Latindex, Lexis, etc, creadas por el esfuerzo de los académicos de poner a disposición del público en general, pero especialmente para todo aquel que tenga relación directa o indirecta con la norma y su aplicación.

Creemos que la principal función de la doctrina es la sistematización de esos conocimientos y conceptualizaciones, afirmación que se hace en los siguientes términos un reconocido doctrinante del derecho procesal:

La principal función de la doctrina es la sistematización, actuando como nexo entre la regla legal y abstracta y el caso concreto. Esta sistemática representa el esfuerzo de la ciencia del derecho procesal al servicio de este, elaborando conceptos, definiciones, clarificando, comparando, fijando la naturaleza jurídica de las instituciones, valorando, en una palabra, construyendo. (Vescoví, 1984, p. 17)

Vemos como tradicionalmente, la doctrina se consideraba una fuente formal del derecho, junto con la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la equidad y los principios generales del derecho; sin embargo, con la proliferación de normas jurídicas, la doctrina ha venido a ocupar un papel secundario en la actividad judicial, como resultado del establecimiento del Estado de Derecho, al punto en algunas constitucionales, como la Colombiana de 1991, se le señala como criterio auxiliar de la actividad judicial, lo que ha significado un relativo abandono como instrumento de argumentación en las decisiones judiciales, en especial en las de instancia.

En nuestro sentir, el estudiante de derecho, su docente, el investigador científico, el funcionario público, el abogado y, en fin, todo aquel que tenga que lidiar con la norma y su aplicación, puede, y debería, acudir a la doctrina para apoyarse en la interpretación y aplicación de la misma.

- **Capítulo III. El papel de la doctrina en la argumentación judicial.**

En nuestra Constitución de 1991 encontramos que el artículo 230 estipula que:

Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al impero de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (Const., 1991, art. 230)

Significa ello que nuestro sistema jurídico es preponderantemente positivo, y a ello se refiere el texto constitucional cuando indica que los jueces se someten al imperio de la ley, entendida esta no en su sentido estricto restringido de la producción formal por el órgano legislativo, el Congreso, sino a un conjunto más amplio de disposiciones jurídicas que denomina “ordenamiento jurídico”; así dijo:

...el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la "ley" captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento

jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico (art. 16)." (Corte Constitucional, Sala Plena, C-486 de 1993, D-244, 1993)

Hemos sido testigos que esa preponderancia de un ordenamiento jurídico positivizado no es ajena a la imposibilidad de omnicomprensión, por lo que algunas veces, si no muchas, el operador jurídico necesitará de criterios auxiliares para la resolución de un caso en concreto.

Ello fue lo que previó el constituyente en 1991 y, siguiendo la tendencia de las nuevas constituciones en Iberoamérica, se constitucionalizó a la doctrina y la jurisprudencia, entre otros, como criterios auxiliares.

Por ello, la Corte Constitucional se refiere así a la doctrina:

La doctrina hace referencia al conjunto de trabajos científicos que en relación con el Derecho en general, con una de sus áreas, o con un específico ordenamiento jurídico, elaboran autores expertos. Estos trabajos pueden desarrollarse en diferentes niveles y, en esa medida, podrán describir o caracterizar un sector del derecho positivo (dimensión descriptiva), conceptualizar o sistematizar las categorías que lo explican o fundamentan (dimensión analítica o conceptual), o formular críticas a los regímenes jurídicos

existentes (dimensión normativa o propositiva). (Corte Constitucional, Sala Plena, C-284 de 2015, D-10455, 2015)

Consideramos que esas dimensiones son las que han servido a nuestro legislador, en buena medida, para, en la dinámica propia del derecho, crear, derogar y modificar leyes, al punto que se han creado comisiones redactoras de leyes específicas, por ejemplo el código general del proceso, pues se reconoce el importante trabajo que se hace desde la academia.

Hemos visto también que en igual sentido, la Corte Constitucional en ejercicio de la competencia dada por el numeral 1° del artículo 241 Superior, convoca a colectivos doctrinantes para que conceptúen sobre la exequibilidad de la norma demandada.

Nuestras altas cortes (Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado) se apoyan con no poca frecuencia, en conceptos doctrinarios para explicar las instituciones jurídicas, desde sus orígenes y los cambios que han sufrido a través del tiempo, y la forma en que se aplica en nuestro contexto nacional; de igual manera, se apoyan las cortes de cierre, en la doctrina nacional y extranjera para explicar una interpretación determinada de una norma, su alcance, su evolución histórica y su manejo en el derecho comparado.

No podemos negar, entonces, que la Doctrina, a pesar de ser un criterio auxiliar de la actividad judicial, comporta un especial recurso para explicar o motivar las decisiones judiciales, en

especial en aquellos casos difíciles o complejos, en donde la controversia es mayor y en los que están comprometidos caros intereses como lo son el derecho al Debido Proceso y el derecho a la libertad.

Pero pensamos que el ser criterio auxiliar no le resta importancia en el escenario jurídico, y así lo tiene reconocido la doctrina nacional:

Por doctrina se entiende, básicamente, la exposición crítica con pretensión científica de conceptos formulados por personas dedicadas al estudio de problemas directa o indirectamente relacionados con el fenómeno jurídico. La doctrina no es propiamente una fuente del derecho sino fuente de conocimiento del mismo y como tal no obliga o vincula al operador jurídico...Pero no por desempeñar una función auxiliar al momento de crear, interpretar o ejecutar una norma jurídica, deja de ser fundamental para el proceso y desarrollo del derecho a la par de los requerimientos sociales. (Estrada, 2011, p. 363)

Y ello es así porque a pesar de la gran proliferación de normas, con fundamento en lo cual se podría afirmar que la doctrina no se hace necesaria porque prácticamente todo está positivizado, a lo cual habrá que sumar la gran producción jurisprudencial de nuestros órganos de cierre jurisdiccional, no todo puede ser cubierto por la ley, en sentido amplio, y la jurisprudencia, por lo que consideramos que es innegable la importancia de la doctrina en el quehacer judicial, no

obstante que el artículo 230 Superior le haya dado el carácter de criterio auxiliar, que ha sido entendido por los operadores jurídicos como de segundo rango y de uso discrecional.

Hemos encontrado que desde los orígenes de la tradición jurídica romana, que inspira gran parte de la legislación latinoamericana, se ha reconocido la labor de los doctrinantes, o académicos, como se les llamaba.

En la tradición del derecho civil es muy antigua la preeminencia del investigador académico. Se considera que el jurisconsulto romano –que asesoraba al pretor y al juez, y era reconocido como un experto en materia de derecho, pero no tenía ninguna responsabilidad legislativa o judicial- fue el fundador de esa tradición académica. Sus opiniones tenían gran peso, y durante el segundo siglo de la era cristiana eran obligatorias para los jueces las opiniones de ciertos jurisconsultos. Sus opiniones se anotaban por escrito, se recopilaban y se trataban como autoridades. Gran parte de la porción más importante del *Corpus Juris Civiles* – algunas partes del *digesto* y todas las *Institutas*- está integrada por la obra de los jurisconsultos.

Tras el surgimiento del derecho romano en Italia, los responsables del resurgimiento y el desarrollo del *jus commune* medieval fueron académicos. La obra de los Glosadores y los Comentaristas, sumada al *corpus Juris Civiles* de Justiniano, formaba el cuerpo del derecho romano recibido por toda Europa occidental. (Marryman, 2002, pp 113-114)

Se ha reconocido que la doctrina no tiene el poder vinculante que tiene la ley y la jurisprudencia; sin embargo, consideramos que eso no es óbice para reconocer la importancia que tiene y el valor de sus aportes al operador jurídico, en especial para la resolución de los casos difíciles, no solo en nuestros tiempos, sino desde la Roma Clásica.

Como la doctrina representa el resultado de una actividad especulativa de los particulares, sus conclusiones carecen de fuerza obligatoria, por grande que sea el prestigio de aquellos o profunda la influencia que sus ideas ejerzan sobre el autor de la ley o las autoridades encargadas de aplicarla.

La doctrina puede, sin embargo, transformarse en fuente formal del derecho en virtud de una disposición legislativa que le otorgue tal carácter. Las opiniones de ciertos jurisconsultos ilustres de la Roma imperial, por ejemplo, eran obligatorias para el juez, por disposición expresa del emperador. “es práctica constante, desde el emperador Tiberio (42 a. C.-37 d.C), que los jurisconsultos más eminentes reciban del emperador el *jus respondendi, jus publice, populo respondendi*, o sea el derecho a emitir dictámenes obligatorios para el juez, para el *judex privatus* nombrado en el proceso y para el magistrado. Siempre que el *responsum* que exhiba una de las partes provenga de un jurista autorizado y que en él se guarden las formas de rigor – estar otorgado por escrito y sellado -, el juez tiene que respetarlo en su sentencia, si no se le presenta otro de diferente

tenor, que reúna idénticas condiciones. Esta autoridad, de que en un principio sólo gozaban las respuestas dadas especialmente para un proceso, extiéndase luego, por vía de costumbre, a cualesquiera otras formuladas con anterioridad, prescindiéndose también de la forma oficial y bastando que las opiniones se manifestasen en forma de doctrina en las colecciones de *responsa*; consérvase noticia de un rescripto del emperador Adriano (76-138 d.C), en que se confirma expresamente esta costumbre. Los dictámenes de los jurisconsultos privilegiados –*responsa prudentim*- se convierten así en una especie de fuente de derecho, y su virtud va comunicándose, poco a poco, a toda la literatura jurídica”. (Sohm, s.f, p. 83, citado por García, 1978, p. 77),”

En nuestro criterio y desde esa perspectiva, la doctrina se erige en fuente formal de derecho, no solo en su etapa de creación formal, esto es, ante el legislador, sino en su etapa de interpretación y aplicación, la cual por antonomasia está encargada a los jueces.

De la doctrina como fuente formal del derecho, y en especial del derecho penal, hemos encontrado que la doctrina nacional ha planteado:

5.3.3. La doctrina.

Es la misma dogmática jurídico-penal o derecho penal científico. Es el estudio sistemático y lógico-político de las normas del derecho positivo vigente y de los principios o valoraciones en que descansa, realizado por los juristas. La doctrina tiene por objeto la interpretación de las normas, su integración en un sistema

coherente o no contradictorio de proposiciones verificables y su crítica externa o político-criminal, a fin de que con ella se torne la Administración de Justicia razonable, igualitaria, controlable y predecible. La doctrina no solo ha de mostrar cómo es el derecho penal vigente, sino también cómo debería ser y cómo no debe ser. El doctrinante emite sus juicios de vigencia y sentido ocupando idealmente el lugar del juez, lo que, en su opinión, deberían hacer los jueces al aplicar determinadas normas jurídicas.

Las elaboraciones doctrinales del derecho no son obligatorias cualquiera que sea la autoridad académica que las emita. Pero sin la doctrina sería empírica y difícil la labor del juez. Lo que el juez debe aplicar es la ley, pero en esta tarea la doctrina es un auxiliar imprescindible. Puede afirmarse que la peor ley es siempre más vinculante que la mejor doctrina; por ello el artículo 230 de la Constitución Política establece que la doctrina es un criterio auxiliar de la interpretación y de toda la actividad judicial.

En la actualidad no hay leyes tan claras, tan explícitas que no requieran de una buena y clara doctrina que las exprese en su dimensión sistemática y político-constitucional.

En un estado social y democrático de derecho las decisiones del juez tienen que ser racionales y solo en la doctrina podrá encontrar fundamentos racionales de su decisión; por eso se afirma que el juez debe fallar a ciencia y en conciencia; la

doctrina le suministra la ciencia, pero no puede suplantar ni suprimir su conciencia (Posada, 2015, pp 77-78).

Nos atrevemos, entonces, a concluir que la doctrina, tradicional fuente formal del derecho, aunque establecida como criterio auxiliar de la actividad judicial en nuestro ordenamiento interno, comporta una herramienta valiosa y práctica para la argumentación jurídica, que cobra relevancia en el quehacer judicial por impregnar de validez la decisión judicial frente a las partes y a la sociedad en general.

- **Capítulo IV. La argumentación en la Sala Penal del Tribunal superior de Medellín y la importancia de la doctrina en sus decisiones.**

Desde la experiencia profesional, los autores del presente trabajo investigativo percibimos que la gran mayoría de las decisiones de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín que llegaba a nuestras manos, bien por ser decisiones de casos propios o por estar en revistas jurisprudenciales disponibles en la ciudad, estaban fundamentadas, casi que exclusivamente en decisiones de la Corte Suprema de Justicia y, en pocas ocasiones, en referentes de la Corte Constitucional; pero lo que más llamaba la atención, es que para nada o para casi nada, se acudía a la doctrina nacional y/o extranjera para motivar las decisiones.

Venimos de decir que la doctrina no es un criterio obligatorio para el juez, pues según nuestra Constitución Política vigente, la de 1991, el juez está sometido solo al imperio de la ley, entendida ésta como ordenamiento jurídico.

Pero también venimos diciendo que la doctrina juega un papel de suma importancia en el quehacer judicial, por ser ese conjunto de estudios de carácter científico realizado por los juristas acerca del Derecho, sus instituciones, la norma y su proceso de creación, interpretación y aplicación.

Destacada como se encuentra la importancia de la doctrina, encontramos que la misma no ha sido realmente aprovechada por la Sala Penal del tribunal Superior de Medellín, al momento de resolver casos tan sensibles para la sociedad, por la entidad de los bienes jurídicos comprometidos, como por ejemplo en los delitos de homicidios, actos sexuales con menores de 14 años y concierto para delinquir, por mencionar los más comunes.

Pero además, por las sanciones jurídicas que tienen para los sujetos e intervinientes, con respecto a su libertad, Derecho fundamental de alto valor que, al lado al derecho a la vida, se constituyen en la esencia del ser humano para poder realizar, ejercer y disfrutar de todos los atributos que el Derecho le reconoce como ser humano.

Creemos que cuando se está decidiendo sobre la libertad de una persona, bien sea en el sistema penal para adolescentes o en sistema para adultos, pues la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín tiene competencia para ambos sistemas, se espera que las decisiones estén suficientemente argumentadas y fundadas, no solo con apoyo legal, que es imprescindible, sino con otros criterios, en plural.

Decimos que en plural, porque no desconocemos que en los argumentos para decidir de una u otra manera, el tribunal recurre, en el noventa por ciento (90%) de los casos estudiados, únicamente a un referente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, brillan por su ausencia otros criterios como el que nos ocupa, la doctrina, así como la equidad y los principios generales del derecho.

Y no es que la jurisprudencia de las altas cortes no tengan validez como argumento, porque incluso en algunos casos el pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia constituye un precedente judicial, lo que lo hace obligatorio, sino que no es suficiente para convencer, que no persuadir en términos de Perelman (1989), a los destinatarios de las decisiones, que no son solo las partes inmersas en el conflicto penal, sino la sociedad en general.

Lo que hemos percibido es que el recurso de la cita jurisprudencial se está usando no como precedente judicial, sino como antecedente judicial, sin expresar de una manera conveniente y convincente porqué ese pronunciamiento es aplicable al caso; sin indicar si se trata de un precedente o antecedente, sin verificar si hubo o no cambios en la línea jurisprudencial, y usando fórmulas cliché como “ha dicho la Corte”, “en un caso similar tuvo oportunidad de expresarse la Sala Penal de la Corte”.

Las escasas ocasiones en que se recurrió a la doctrina para fundar los motivos de la decisión, encontramos que en varias se hizo con citas repetidas respecto de la valoración probatoria en asuntos de delitos sexuales contra menores de edad; en otras, la cita era más decorativa o de relleno, porque en realidad no aportaban nada sustancial para el asunto de fondo.

No estamos significando con lo anterior que las decisiones de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín carezcan de validez o que comporten vías de hecho por falta de motivación; en lo absoluto. Con independencia de que se comparta o no las conclusiones en cada caso de acuerdo a las pruebas reseñadas en la sentencia, amén de la forma en que dan por establecidos los hechos probados, las sentencias en general cumplían con la obligación de dar

una mínima motivación, pero una motivación deficiente que ni persuade ni convence por las falencias evidenciadas, esto es, (i) el recurso permanente a la citación de la Corte Suprema de Justicia, sin saber si es antecedente o precedente y la (ii) ausencia casi que total del apoyo doctrinario.

Nos atrevemos a afirmar, entonces, que para la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, es poca o nula la importancia que tiene la doctrina para fundamentar sus decisiones ya que en pocas ocasiones, el 10% de la muestra analizada, se recurrió a la doctrina para la solución del caso, apoyándose casi que exclusivamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

El problema con el apoyo argumental que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha tenido la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, es su uso indiscriminado y casi que exclusivo de otros criterios de argumentación.

Aunado a lo anterior, hemos evidenciado que, so pretexto de la obligatoriedad del precedente judicial, se confunde lo que doctrinariamente se ha distinguido como antecedente judicial y precedente judicial.

En efecto, el antecedente judicial lo constituye cualquier pronunciamiento que haya hecho el superior jerárquico e incluso el mismo fallador, sobre un tema en particular que guarde símiles con el caso en estudio y, en cambio, el precedente judicial obligatorio lo constituye aquel pronunciamiento que un órgano de cierre, en ejercicio de su función de interpretación y de

unificación, en la ratio decidendi haya creado la subregla aplicable a una precisa situación fáctica o haya fijado el alcance de determinado término jurídico.

Así lo tiene dicho nuestro máximo tribunal constitucional:

A propósito de esta modalidad en la cual se configura un defecto sustantivo, la Sala considera necesario examinar la diferencia entre los conceptos de antecedente y precedente.

2.1.1. El **antecedente** se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad.

Esta noción fue esbozada en la sentencia T-292 de 2006, en la que la Corte, ante la pregunta de “*¿debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio?*”, indicó:

“La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (vgr. la ratio es diferente al obiter dicta). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no”.

2.1.2. Por su parte, **el precedente**, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.

Esta noción ha sido adoptada en Sentencias como la T-794 de 2011, en la que la Corte indicó los siguientes criterios a tener en cuenta para identificar el precedente:

“(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se

trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”.

2.1.3. Esta Corporación ha diferenciado entre dos clases de precedentes, **el horizontal y el vertical**, de conformidad con quién es el que profiere la providencia previa. **El primero** hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial, y **el segundo** se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.

2.1.4. En este orden, debe resaltarse que el precedente no sólo es orientador sino obligatorio, como se explica a continuación.

2.1.4.1. La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución

Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley.

Particularmente, el concepto de “ley” ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción.

2.1.4.2. La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe. El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales. En palabras de la Corte Constitucional:

“La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de

seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico”.

2.1.4.3. La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más adecuada que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: *“tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes”* y *“exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante”*.

2.1.5. Así pues, por las razones expuestas, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el desconocimiento sin debida justificación del precedente judicial configura un **defecto sustantivo**, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical-, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe.

No obstante, esta regla no es absoluta, pues no puede ignorarse que el Derecho es dinámico y cada caso puede presentar elementos que no fueron concebidos con anterioridad en otros fallos judiciales; por ende, las autoridades judiciales pueden apartarse de los precedentes judiciales en atención a su autonomía y a su independencia, pero con una justificación razonable y proporcional. La Corte Constitucional ha establecido al respecto que:

“(…) vale aclarar que la regla de vinculación del precedente no puede ser adoptada de manera absoluta (…). Por ello, siempre que se sustenten de manera expresa, amplia y suficiente, las razones por las cuales va a desconocer o cambiar una posición anterior, el operador judicial puede apartarse de ella.

(…) el juez (singular o colegiado) sólo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos:

(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia). (ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y

razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)”1.(Corte Constitucional, T-1032 de 2014, T4105910, 2014)

Concordamos en que el antecedente y el precedente judicial son, a no dudarlo, elementos importantes de la argumentación judicial, pues como viene de decirse, son garantía de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad; sin embargo, el uso recurrente de los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, sin verificar y explicitar si en el caso en concreto se trata de un precedente judicial obligatorio, presentando en muchos casos ese antecedente como el único fundamento de su decisión, genera en el administrado esas sensaciones descritas, en especial la que su caso fue resuelto con la técnica del copiar-pegar.

Ese sentimiento es no solo del administrado, sino del abogado litigante (defensa o fiscalía) que ve como su pretensión fue despachada más que con la técnica del copiar-pegar, con una plantilla; porque son muchas las decisiones basadas en la misma jurisprudencia de cuatro o cinco años atrás que, sabemos, ha tenido cambios de línea, y en la misma no se indica porqué se regresa a una posición ya superada por el órgano de cierre.

Ahora bien, venimos diciendo que los planteamientos teóricos realizados por los estudiosos del derecho constituyen la doctrina jurídica que el artículo 230 Superior le da el carácter de criterio auxiliar de la actividad jurisdiccional junto con la jurisprudencia.

Cfr. Sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Y que, por su parte la jurisprudencia, también criterio auxiliar para el juez, la constituye ese grupo de decisiones, en especial las de los órganos de cierre, en las que se ha resuelto de manera definitiva en conflicto.

Puede decirse entonces que esa jurisprudencia es lo que se ha conocido como el elemento pragmático para el operador jurídico mientras que la doctrina viene a convertirse en el elemento dogmático.

Es por ello que consideramos que si ambos son criterios auxiliares de la actividad jurisdiccional, la importancia de uno no puede ser óbice para la utilización del otro, en especial en aquellas decisiones que definen de fondo un asunto.

Consideramos que la complejidad cada vez mayor del ordenamiento jurídico, debido a fenómenos como la globalización, las nuevas tecnologías y los avances científicos, entre otros, hace que la regulación legal sea muchas veces insuficiente para la resolución de los llamados casos difíciles y, por ello, se deba acudir a esos criterios auxiliares.

Creemos que la jurisprudencia, como resultado de la parte pragmática y la doctrina como el resultado de la parte dogmática o teorizante, se convierten en referentes que no deben excluirse en el ejercicio jurisdiccional y es por ello que varios doctrinarios de la pedagogía jurídica

promueven esquemas de sistemas educativos que hagan que tales categorías se complementen, pues reconocen que los extremos absolutos de las mismas resultan dañinos para la dinámica del derecho.

Usando la teoría de Canaris, Melero arguye que la coherencia interna y la unidad del sistema jurídico devienen de un mandato de justicia, estableciendo para la coherencia interna una naturaleza axiológica valorativa y no lógica. De ahí que, cuando las teorías jurídicas —dogmática— no responden a los problemas prácticos o casos concretos, se encuentra un margen de indeterminación legal que da al juez un amplio espectro de interpretación, donde los vacíos legales pueden ser colmados a través de concepciones políticas. Aquí el juez podrá optar por: 1) un pensar dogmático, que no puede salirse de la teoría que adopta o emplea; 2) un pensar investigador que no se encuentra sometido referencialmente a una opinión ya dada.

Es así como cualquier modelo de enseñanza-aprendizaje para la educación legal, que vaya a uno de los dos extremos —metodología eminentemente dogmática o eminentemente práctica—, no dará posibilidad a la creación de abogados profesionales y académicos al mismo tiempo. Sin embargo:

Consideramos que a pesar de las apariencias, esta antigua contradicción en realidad no existe, ya que se presentan como opuestos dos aspectos de la

enseñanza jurídica que son inseparables y deben utilizarse de manera equilibrada, ya que tanto la inclinación excesiva por la enseñanza teórica, como ha ocurrido tradicionalmente en nuestras facultades de derecho, como la opuesta preferencia por la práctica, en detrimento de la primera, como se ha pretendido en época reciente, resultan perjudiciales para la formación armónica de los estudiantes de derecho, si se toma en cuenta que la teoría sin la práctica se transforma en una simple especulación, como ocurrió en Alemania en la época del racionalismo exagerado [...] pero la práctica desvinculada de la doctrina se traduce en una serie de datos pragmáticos carentes de sistematización, que impiden a los últimos una formación sólida que les permita una actitud crítica hacia los ordenamientos establecidos y, por lo tanto, de la posibilidad de evolución y de cambio. (León, 2015)

Insistimos que aunque la doctrina no constituya fuente formal del Derecho en nuestro ordenamiento, es innegable la importancia que tiene en el quehacer jurisdiccional de cara a la legitimación de la decisión judicial, máxime en un ordenamiento que por su bastedad legislativa hace imperioso el auxilio de otros criterios para el operador jurídico encargado de la aplicación de la ley.

Esa importancia de la doctrina como criterio auxiliar de la actividad jurisdiccional la podemos encontrar expresada de dos formas.

Por un lado, cuando la decisión judicial *también* se respalda en los desarrollos que de determinados institutos jurídicos se han hecho, es decir, cuando se respalda en la doctrina, se garantiza de mejor manera la exigencia de la motivación, por cuanto en un estado de social y democrático de derecho se pretende que la decisión judicial no sea arbitraria, que esté sujeta, en los términos del artículo 230 Superior, al ordenamiento jurídico.

En efecto, cuando un juez emite una sentencia porque, *entre otras cosas*, encuentra respaldo argumentativo en las reflexiones juiciosas que sobre determinado tema han realizado y sistematizado los estudiosos, pareciera que la misma estuviese más legitimada, con independencia de que se compartan o no dichos argumentos.

La motivación de la decisión, lo que se ha entendido como la argumentación del porqué se decide en éste y no en otro sentido, más que expresar las razones de la misma, requiere explicar ese porqué, para que dichos motivos puedan ser controvertidos en sede de los recursos verticales (ordinarios y extraordinarios); esto convierte a esa argumentación en el respaldo para la garantía de la doble instancia, que exige una carga argumentativa mayor en contra de una decisión que viene precedida de presunción de legalidad y acierto, precisamente por esos respaldos que ofrece, entre otras, la doctrina usada como fundamento de la decisión.

Desde otro punto de vista, la doctrina como criterio auxiliar de la actividad judicial, viene a servir, además, de complemento para interpretar puntos grises u oscuros, que se presentan más de lo deseado, en cuestiones de derecho que el ordenamiento jurídico formal no ha previsto o no

lo ha hecho de manera adecuada; a través de la doctrina se cumplen principios de la actividad judicial como el de interpretación analógica e integración normativa.

Tradicionalmente se ha entendido que con la jurisprudencia de los jueces colegiados se crea derecho, porque se acepta sin tapujos que la ley u ordenamiento jurídico no es omnicompreensivo y se requiere de aquella, amén de los principios generales del derecho, la equidad y la doctrina, para complementar los vacíos o puntos grises que la ley tenga; sin embargo, cuando los tribunales se limitan a reproducir sin más las decisiones de las altas Cortes, sin considerar otros criterios como lo mandan los diversos códigos de procedimiento (cfr. artículo 280 del Código General del Proceso, y artículo 187 del CPACA) pareciera que no existe creación del derecho y que la actividad judicial se ha limitado a un copie-pegue, en la que es común hasta encontrar datos de otros procesos, (lo que se entiende por el uso de modelos preformateados), pero que no tiene carta de presentación para un ciudadano que espera impaciente la decisión de su conflicto, desprestigiándose y deslegitimizándose así la administración de justicia.

Ahora bien, es entendible, pero inaceptable, que por la congestión judicial se esté sacrificando un debido ejercicio argumentativo para el fallador de segunda instancia; y lo inaceptable radica en que, por estándares eficientistas, según los cuales hay que cumplir ciertas metas, se vulneren flagrantemente derechos fundamentales, reconocidos no solo por el ordenamiento interno, sino por el Derecho Internacional al cual el Estado Colombiano ha adherido en virtud de tratados internacionales, incorporados al bloque de constitucionalidad.

De manera ligera, en algunas jurisprudencias hacen enunciados como “tiene dicho la doctrina y la jurisprudencia que ...” pero no citan ni la doctrina ni la jurisprudencia, convirtiéndose el argumento en una falacia.

Creemos que el deber de motivación adecuada y correcta de las decisiones judiciales, se erige como la herramienta para la garantía de derechos fundamentales, que se ven soslayados cuando el tribunal de segunda instancia, que regularmente constituye la última decisión del caso, por lo extraordinario que es el recurso de casación y la residualidad de la acción de tutela, se basa en argumentos poco sólidos o mal cimentados, que dejan en el administrado y en todos los destinatarios de la decisión judicial, una sensación de *injusticia*, no en el sentido de una decisión injusta, sino en la falta de una debida administración de justicia.

- **Capítulo V. Resultados del uso de la doctrina por el TSM-SP durante los años, 2015, 2016 y 2017, datos estadísticos.**

Como se había indicado, se tomó una aleatoria de trescientas sentencias de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, 100 por cada uno de los años 2015, 2016 y 2017.

Las decisiones escogidas fueron de aquellas que en sede de segunda instancia resolvían el caso, bien sea por la sentencia ordinaria o porque resolviera por uno de los modos anticipados de terminar el proceso, (allanamiento, preacuerdo y preclusión).

Las sentencias revisadas correspondían a 14 magistrados ponentes; en el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, las salas de decisión están integradas por tres magistrados , como lo es la mayoría de los tribunales de distrito, y siempre en número impar para que no haya posibilidad de empate. (Ver tabla 1).

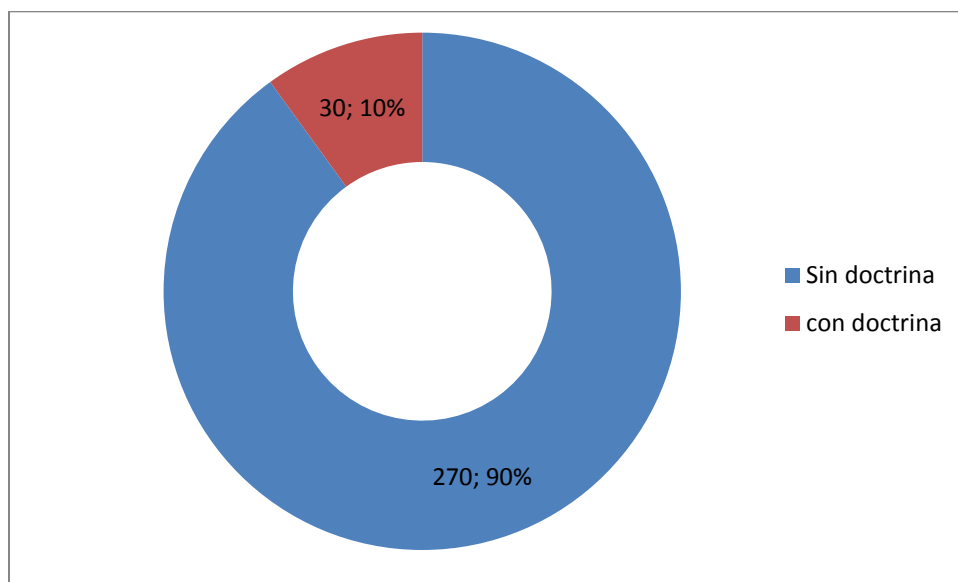
Tabla 1. Magistrados y porcentaje de ponencias en la muestra.

MAGISTRADO PONENTE		%
GERMÁN DARÍO QUINTERO GÓMEZ	2	0,66
HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA	11	3,66
SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA	12	4%
JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE	15	5%
PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN	17	5,66%
RICARDO DE LA PAVA MARULANDA	20	6,66%

NELSON SARAY BOTERO	22	7,33%
CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO	22	7,33%
LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO	24	8%
JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ	25	8,33%
OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ	25	8,33%
RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ	33	11%
LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ	36	12%
MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS	36	12%

En el ejercicio analítico, encontramos que de las trescientas sentencias, solo en treinta de ellas hubo referencia a doctrina. (Figura 1)

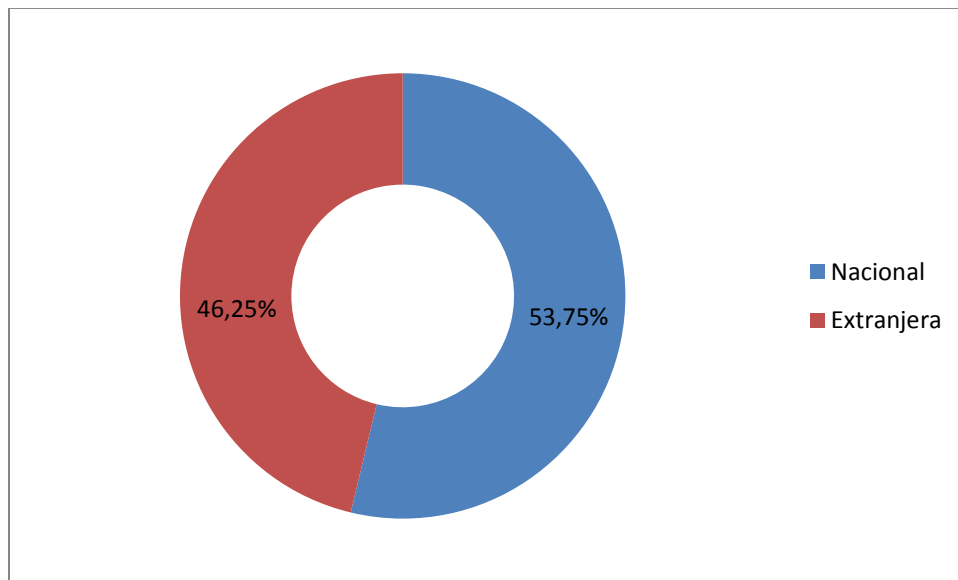
Figura 1. Cantidad de providencias con doctrina.



En esas treinta providencias, hubo 80 referencias doctrinales, es decir, un promedio de 2,66 referencias por sentencia, o lo que es lo mismo, 2 a 3 referencias por sentencia.

De estas ochenta referencias, cuarenta y tres (43), es decir, un 53,75% fueron de autores nacionales, encontrándonos con libros, artículos de revistas y artículos electrónicos; por su parte, las otras treinta y siete (37) referencias fueron de autores extranjeros, lo que equivale a 46,25%. (figura 2).

Figura 2. Proporción entre doctrina nacional y extranjera.



Al analizar las referencias nacionales se encontró que correspondía a 19 autores, de los cuales 11 fueron citados 2 o más veces, (Tabla 2).

Tabla 2. Autores nacionales y la frecuencia de referencia.

CITACIÓN DE AUTORES NACIONALES

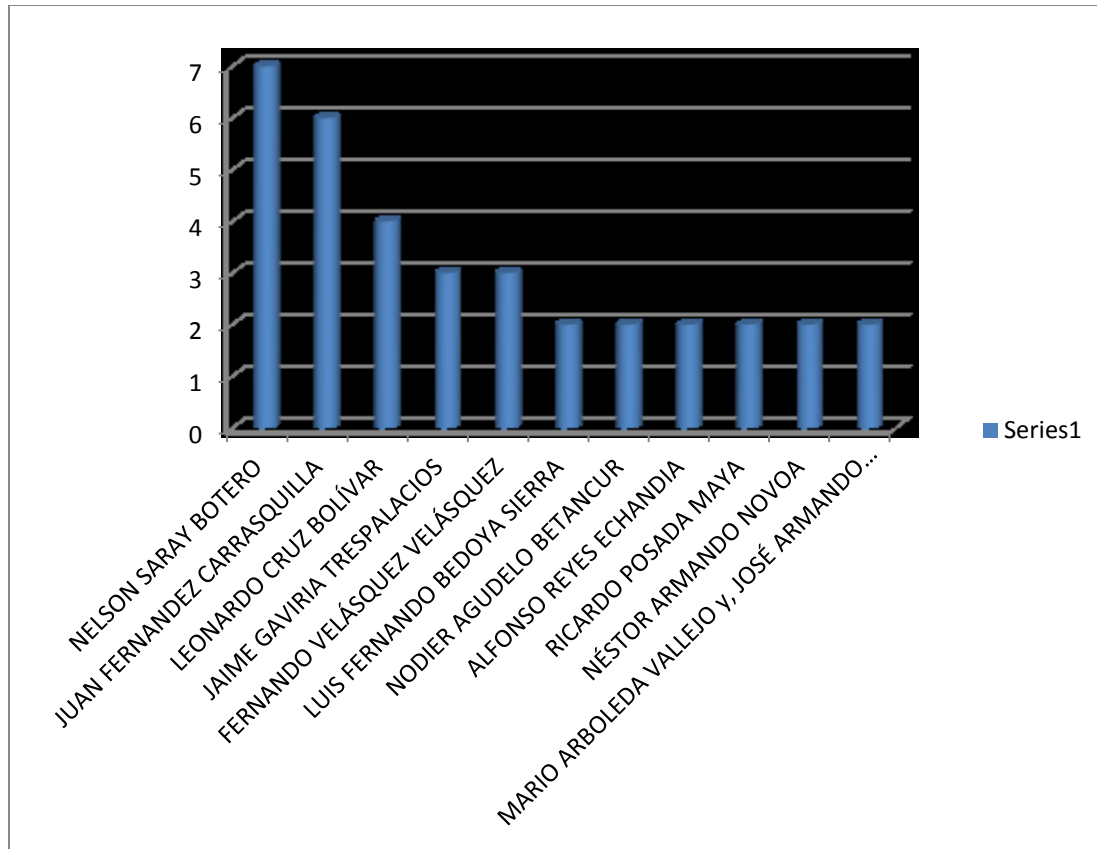
Autor	veces	%
NELSON SARAY BOTERO	7 veces	8,75
JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA	6 veces	7,5
LEONARDO CRUZ BOLÍVAR	4 veces	5,0
JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS	3 veces	3,75
FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ	3 veces	3,75
LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA	2 veces	2,5
NODIER AGUDELO BETANCUR	2 veces	2,5
ALFONSO REYES ECHANDIA	2 veces	2,5
RICARDO POSADA MAYA	2 veces	2,5
NÉSTOR ARMANDO NOVOA	2 veces	2,5
MARIO ARBOLEDA VALLEJO y, JOSÉ ARMANDO RUIZ SALAZAR.	2 veces	2,5

Se destaca en estas referencias el caso del doctor Nelson Saray Botero, quien además es magistrado de la Sala penal del Tribunal Superior de Medellín, que figura en 7 de las 43 referencias doctrinales, lo que equivale a un 16% de las citas nacionales y un 8,75% del total de las referencias. (Figura 3).

Es evidente que el magistrado, quien además es un reconocido docente en programas de posgrado, reconoce la importancia de la doctrina y más que un acto de egolatría se empeña en hacer figurar su producción literaria, citando en sus ponencias (33.%) alguno de los tres textos

que ha escrito, Procedimiento Penal Acusatorio, Dosificación de la Pena y Preacuerdos y Negociaciones.

Figura 3. Cantidad de citas por autor nacional (cuando fueron 2 o más).



Se encontró que de esas 80 referencias bibliográficas, el 60% eran citas indirectas o en contexto, es decir, que se citaba el autor, con o sin la obra, y se indicaba la idea por él desarrollada; el otro 40% de referencias correspondía a citas directas, es decir, en las que se copiaba textualmente el aparte de la doctrina en comentario.

- **Conclusiones.**

Se concluye con esta investigación que, tal como se había percibido, la sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, durante los años 2015 a 2017, ambos inclusive, abandonó casi por completo acudir a la doctrina como criterio auxiliar de su actividad.

Se pudo establecer, igualmente, que durante ese periodo en el 95% de los casos se acudió, mínimo, a un referente de carácter jurisprudencial, para fundamentar el porqué de la decisión.

Consideramos que las recientes decisiones de carácter disciplinario y penal, según las cuales habría lugar a tipificar el delito de prevaricato por acción por apartarse de un precedente jurisprudencial (C.S.J. Sala Penal, SP-3120 2018, Rad. 48.908, 2018), ha venido a menguar en cierta medida la autonomía e independencia judicial, haciendo que jueces tan especializados como lo son los magistrados de un tribunal de distrito, prefieran “curarse en salud” y no exponerse a un eventual proceso disciplinario y/o penal.

El Ministerio de Educación Nacional se ha empeñado en incentivar la investigación científica en las instituciones de educación superior, haciendo que todo el proceso de investigación, desde los semilleros hasta la publicación especializada de resultados, sea un componente importante y de gran peso en los procesos de acreditación.

Duele evidenciar que todo ese esfuerzo que se hace desde la academia no sea aprovechado por los jueces colegiados, que hacen parte de los destinatarios de todo ese quehacer investigativo,

material que es de fácil consulta en las varias bases de datos de revistas indexadas, amén del material impreso disponible en las bibliotecas de las universidades públicas y privadas.

Preocupa que si ello pasa en un tribunal de distrito, qué habrá de esperarse en instancias inferiores, donde la congestión judicial no permite una verdadera aplicación del derecho, con auxilio de todas las fuentes del derecho, tanto las obligatorias como las complementarias.

Esta tendencia de acudir al referente jurisprudencial para argumentar, tanto antecedente como precedente jurisprudencial, implica que poco a poco los otros operadores jurídicos asuman la misma tendencia, presentando sus alegaciones y argumentaciones en clave de antecedentes y/o precedentes jurisprudenciales, por esa conciencia del miedo o temor que tienen los jueces unipersonales y colegiados de apartarse de los precedentes; se prefiere ir a la fija, a lo seguro, y que sea el superior, en sede de apelación o de casación, quién decida si se aparta o no de determinado precedente o antecedente jurisprudencial, aún con desdén de la rica doctrina.

Acudir a la doctrina, por ser un criterio auxiliar, lo que se ha visto de poca monta y casi que peyorativamente, pareciera que implicara un gran esfuerzo para todos los operadores jurídicos, incluidos los litigantes (fiscalía y defensa), que cuando pretenden apoyarse en doctrina, presentan de manera previa una advertencia: Su Señoría, no vengo a darle cátedra, ni más faltaba, pero quiero traerle a colación lo que ha dicho tal o cual doctrinante.

Lastimosamente, la doctrina parece relegada a los escenarios académicos, pero es desde la academia que debe romperse ese paradigma y lograr que los abogados nutran su actuación jurídica con esa importante fuente del derecho.

Seguimos considerando que la doctrina es muy importante y que hay que abogar para que no se pierda en el mar de producción jurisprudencial de nuestras altas cortes, porque constitucionalmente tienen el mismo rango frente a los jueces cuando el Constituyente los señaló como criterios auxiliares, pero por la dinámica de nuestro ordenamiento jurídico, ha venido siendo relegada por su igual, la jurisprudencia, bajo el pretexto que el precedente judicial es obligatorio.

- **Recomendaciones.**

Organizar seminarios y talleres gratuitos dirigidos a los empleados judiciales, para enseñarles la importancia de la doctrina, familiarizándolos con las bases de datos y de revistas indexadas.

Hacer alianzas estratégicas con las librerías especializadas en literatura jurídica de la ciudad, para que hagan presentación de textos nacionales y extranjeros que sean de interés y de actualidad para la actividad judicial.

Es de advertir que la mayoría de stands de estas librerías hacen ofertas de libros que ya han perdido vigencia; la idea es que se promocionen publicaciones de actualidad a bajos precios.

Incentivar desde el pregrado el uso de la doctrina jurídica en la argumentación jurídica, para que sea usada no solo en las materias de hermenéutica jurídica y de metodología de la investigación, sino en las materias sustanciales y procesales, exigiendo en la etapa práctica (Consultorio Jurídico), que las demandas y las alegaciones en las audiencias orales, se haga no solo con los fundamentos de derecho, sino con apoyo doctrinal.

Publicitar y promocionar el uso de las bases de datos de revistas indexadas a la cuales tiene suscripción la universidad, no solo para los estudiantes sino para los docentes, tanto en pregrado como en posgrado, estableciendo que en la presentación de todas las asignaturas los docentes presenten las rutas para acceder a dichas bases.

Depurar las bibliografías de referencia presentadas en los microcurrículos, para que se relacionen textos que se encuentren en las bibliotecas de la ciudad o, por lo menos, en las de las universidades con facultades de derecho.

- **Referencias bibliográficas.**

- AGUDELO RAMÍREZ, Martín. (2007). El Proceso Jurisdiccional. Medellín, Colombia: Comlibros.
- ATIENZA, Manuel. (1993) Las razones de Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- ATIENZA, Manuel. (2006). El derecho como Argumentación. Concepciones de la Argumentación. Barcelona, España: Editorial Ariel, S.A.
- BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. (2007). La argumentación Jurídica en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- BONORINO, Pablo. y PEÑA, Jairo. I. (2003). Argumentación judicial. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2003) Módulo de Argumentación en procesos judiciales. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Recuperado en:
https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/452_modulo_argumentacion_pj.pdf
- Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión (25 de febrero de 2014) Sentencia T-102 de 2014 [MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB]
- Corte Suprema de Justicia, STP 10868-2018, 21 de agosto de 2018, Radicación T99864, Magistrada Ponente: PATRICIA SALAZAR CUELLAR.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, SP-3120 2018, 1 de agosto de 2018, Radicación. 48.908, Magistrado Ponente: EYDER PATIÑO CABRERA.
- DE ASIS ROIG, Rafael. (1995). Jueces y Normas, la Decisión Judicial desde el Ordenamiento. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.
- DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. (1979). Instituciones de Derecho Procesal Civil. México DF, México; Porrúa.

- ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván. (2011). Las Fuentes del Derecho. En Teoría del Derecho, (p. 363). Medellín, Colombia: Editorial Universidad de Medellín.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. (s.f). La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias. Revista de Ciencias Sociales 45, (1) [pp. 103-129].
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. (1978) Introducción al Estudio del Derecho. México DF, México: Porrúa.
- MARRYMAN, John Henry. (2002). La Tradición jurídica romano-católica. México DF, México: Fondo de cultura Económica.
- PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECO, Lucie. (1989). Tratado de Argumentación. La Nueva Retórica.
- POSADA, Néstor Raúl. (2015). Las Fuentes del Derecho Penal. En Derecho Penal. Parte General-Fundamentos. (pp. 73-80). Medellín, Colombia; Editorial Universidad de Medellín.
- ROJAS GONZÁLEZ, Germán. (1996). Teoría del Derecho. Santafé de Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. (2013) El Contrato Social. Bogotá, Colombia: Editorial Atenea Ltda.
- VESCOVI, Enrique. (1984). Teoría general del Proceso, Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Producto de la investigación titulada “Metodología del positivismo jurídico. Metateoría y formas contemporáneas”, adelantada por el grupo de estudios legales y sociales “Phronesis”, adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia. Colección JusFilosofía,. Editorial Universidad Católica de Colombia. Bogotá, 2015.

- **ANEXOS.**

- CITAS BIBLIOGRÁFICAS O DOCTRINALES.

- FICHAS Y SENTENCIAS EN FORMATO DIGITAL (SOPORTE: USB).