

SISTEMAS JURÍDICOS Y CORRIENTES IUSFILOSÓFICAS QUE DETERMINAN EL VALOR DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Dr. GIOVANNI YAIR GUTIÉRREZ GÓMEZ

Fecha de recepción: 3 de febrero de 2010 - Fecha de aceptación: 1 de julio de 2010

Resumen

El artículo tiene como objetivo efectuar una reflexión de derecho comparado respecto de los dos sistemas jurídicos contemporáneos de Occidente: el civil law y el common law y las escuelas iusfilosóficas que los influyen en mayor o menor grado, a partir de lo cual realiza un paralelo con el sistema jurídico colombiano que se muestra paradójico y un tanto anárquico al propender inconscientemente por una mixtura entre estas dos familias jurídicas, toda vez que las mismas emplean métodos diferentes, uno de carácter deductivo, propio de los sistemas codificados y otro de carácter inductivo característico del sistema de precedentes. Hecho el paralelo entre los sistemas jurídicos de Occidente y el modelo colombiano, se arriba a la conclusión según la cual nuestro sistema jurídico se ha aproximado al common law en cuanto a su derecho constitucional, dado el carácter abstracto e indeterminado de los derechos fundamentales, que por fuerza han debido ser objeto de desarrollo jurisprudencial, definiéndolos en cada caso concreto, lo que de suyo ha determinado el valor de la jurisprudencia como un criterio auxiliar ahora obligatorio.

Palabras Claves: *Sistemas jurídicos; fuentes del derecho.*

Abstract

The objective's article has been to do a comparative law reflection about the law systems from occident: the civil and common law, also the philosophic position of each one, to make a comparative reflection too between those systems with the Colombian system, that seems a little anarchistic to take one and the other one position, because the first refers a code system with the deductive method, and the second refers the precedent or stare decisis doctrine that use an inductive method. Made the comparative reflection, we arrive to the conclusion about the approximate of our system to the common law only to the constitutional law, over the human rights by force needs a judicial develop because of its general content, that determinate the precedent like an auxiliary, but now obligatory, rule.

Key Words: *Law systems; origin law.*

SISTEMAS JURÍDICOS Y CORRIENTES IUSFILOSÓFICAS QUE DETERMINAN EL VALOR DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Es preciso hacer alusión a los dos principales sistemas jurídicos occidentales contemporáneos en medio de los cuales oscilan las tendencias ius-filosóficas actuales, que llevan a variedad de decisiones jurisdiccionales, unas ceñidas al texto legal del *ius scriptum*, y otras al poder de creación del derecho por parte de los Jueces, *ius non scriptum*, pero en todo caso, esta última, limitada por el precedente.

Es así como deben identificarse los diferentes matices que encierra una decisión judicial, como son: de un lado, el sistema de fuentes del Derecho; y por otro, la tradición jurídica de determinado entorno social, cultural o territorial, que implica la observancia de ciertos principios que lo identifican y lo relativizan frente a los demás sistemas.

Con base en lo anterior, la presente reflexión, partirá de una identificación preeliminar de las familias jurídicas del *Common Law* y del *Civil Law*, inspiradas en estructuras diferentes, donde las fuentes del Derecho se ven estrechamente ligadas a las consecuencias que ofrecen también las disímiles concepciones iusfilosóficas, pues es apenas natural que las decisiones judiciales deben estar acorde a su tradición o cultura jurídica, no por un carácter estático, que para algunos podría reflejar una involución, sino por coherencia.

Así mismo en este ensayo, se abordarán las corrientes iusfilosóficas que a lo largo de la historia han pugnado en lo que debe entenderse por Derecho, y que indefectiblemente también identifican un sistema cultural jurídico, que coincide con sus pretensiones teleológicas.

Lo anterior, nos permitirá arribar al tercer aspecto medular, que no es otro que identificar nuestro propio sistema jurídico, y a partir del mismo abordar el poder de la jurisprudencia como fuente del Derecho, aterrizándolo al campo constitucional y legal.

1. LAS DOS FAMILIAS JURÍDICAS DE OCCIDENTE. EL COMMON Y EL CIVIL LAW.

Para adentrarnos en el terreno objeto de estudio del presente escrito es necesario conocer las culturas jurídicas y su influencia en la decisión de los problemas jurídicos que nos permitan conocer sus orientaciones y principales características. En efecto las disímiles soluciones que a cada caso particular ofrece uno u otro sistema jurídico no son aleatorias o accidentales, pues obedecen a un plexo axiológico que coordina y concatena sistemática y lógicamente sus premisas con los casos concretos.

Se precisa entonces que ubiquemos, así sea de manera somera, geográfica y temporalmente los orígenes culturales de los sistemas jurídicos occidentales, que han sido los de mayor influencia mundial, sin que por ello se desconozca la existencia de otras familias, como la islámica o la de los países socialistas, estos últimos que hoy por hoy han perdido relevancia formal en la actualidad, o aún la de sistemas mixtos o híbridos como el japonés o el canadiense¹.

1.1. EL COMMON LAW.

Esta familia jurídica es oriunda del sistema inglés o anglosajón, el cual se extendió a sus primitivas colonias, como Estados Unidos de América. Esta cultura jurídica se afirma que se originó en la necesidad de impartir la justicia del rey o monarca, posteriormente de los jueces, que brindaba mayor seguridad e imparcialidad frente a los demás miembros del régimen señorial, la cual inicialmente se sustentó atendiendo a la costumbre local de las diferentes tribus, pronunciamientos estos que fueron formando un complejo conjunto de precedentes a través de la ley del caso o doctrina del *stare decisis*².

Por lo anterior este sistema se ha definido como consuetudinario, dado que las soluciones a los problemas jurídicos no partieron de una ley formal escrita preexistente (*ius scriptum*), sino que se tomaban a partir de la costumbre o usanza local, regional o tribal (*ius non scriptum*).

Se trata de un sistema que se identifica con un método inductivo, es decir que se originó de un caso o varios casos particulares para conformar una regla general de antecedente o

¹ Sirvent Gutiérrez Consuelo, "Sistemas Jurídicos Contemporáneos". Editorial Porrúa. México, 2006.

² Vélez García Jorge, "Los dos sistemas de derecho administrativo".

precedente que fuese semejante o igual a los subsiguientes, homogeneidad que permitiría y justificaría su aplicación, que luego llevó a sus jueces a diferenciar entre los elementos de sus providencias una *ratio decidendi* y unos *obiter dictum*, con miras a poder identificar qué aspectos tenían autoridad de precedente y cuáles no, pues no todo lo que se dice en una providencia constituye una regla.

De contera que el sistema jurídico del *common law*, ha dado prelación a la formación del derecho por conducto de precedentes de sentencias o providencias judiciales que concretan de manera implícita las reglas jurídicas, a diferencia de la ley formal o escrita que es explícita, precedentes que se han ido recopilando a través de los anuarios o year-books o, law reporting. Tal aspecto no significa que en este sistema no existan normas escritas o statute law³, pues de hecho las hay y cada vez en mayor abundancia, pero son menos relevantes en la cultura de la labor judicial, aunque la verdad sea dicha la tendencia contemporánea ha acrecentado la intervención legislativa en tal cultura.

Empero, al lado del *common law*, el sistema anglosajón desarrolló la *Equity*, inspirado en el Derecho canónico y romano, escrito, sin jurado e inquisitorial, que conformó un conjunto paralelo de precedentes, que se sustentaba en la justicia o equidad y que se aplicaba dónde el formalismo del *common law* resultaba insuficiente para la revisión especial de algunos asuntos, toda vez que, a este último tan solo se arribaba a través de unas solicitudes de órdenes de comparecencia denominadas *Writes*, que tenían modelos limitados para el efecto, pues acudir a tal justicia no era un Derecho sino un privilegio, quedando asuntos que no estaban comprendidos dentro de la justicia del *common law*.

Estos dos sistemas anglosajones, condujeron en principio a sentencias contradictorias, siendo que llegado el momento de su confrontación, el jurista FRANCIS BACON en el año de 1616, determinó que en estos eventos debería prevalecer la *Equity* sobre el *Common Law*, confrontación que también tuvo lugar bajo el conocimiento del Juez EDWARD COKE, quien por el contrario afirmó la supremacía del derecho sobre el poder real, aspecto sobre el cual algunos estudiosos han visto el origen de la excepción de inconstitucionalidad, o prevalencia del derecho material sobre el formal o, dicho de otra manera para este último jurista debía prevalecer el *common law*, como derecho elaborado por expertos, sobre las decisiones del monarca en desarrollo de la *Equity*, lo cual se explica por el hecho de que a pesar de ser más justa esta última, era más formal y contradecía el derecho común, situación que ocasionó su remoción del cargo, ganando en consecuencia la partida el sistema de la *Equity*, que en lugar de ser opuesto al *common law*, entró a complementarlo.

De lo anterior se colige que el sistema anglosajón tuvo sus orígenes culturales en una justicia particular y concreta que reconocía el monarca y sobre los cuales podía hacer referencia directa estructurando con el tiempo un régimen de precedentes, llamado doctrina del *stare decisis*, conocido también como derecho de formación pretoriana, el cual se mantiene formalmente, sistema que en la actualidad se ve atemperado por una tendencia legislativa⁴, pues de hecho el juzgador anglosajón resuelve con base en la ley y en ausencia de esta, de los precedentes, que obran en mayor abundancia por su casuística.

³ James Philip, "Introducción al Derecho Inglés". Editorial Temis, Bogotá, 1996.

⁴ En el mismo sentido puede consultarse a Iturralde Sesma Victoria "El Precedente en el Common Law", Editorial Civitas 1995. La autora refiere que el statute law ha sido considerado en Inglaterra como una excepción al case law, toda vez que los principios o reglas fundamentales inglesas fueron establecidos primero en los tribunales para incorporarlos al common law, en tanto que la leyes propiamente dichas se refieren a detalles del derecho, lo cual en la actualidad ha variado, pues ahora la ley cuenta con mayor preponderancia, ya que en el texto del statute law se incluyen las reglas del case law en lo que se conoce como acts o consolidation acts.

De manera que en esta familia jurídica, aunque la jurisprudencia suple por regla general a la ley cuando esta no existe, pues no es tan abundante, ambas son fuentes principales del Derecho dentro del sistema a diferencia, como se verá, de la familia continental o del civil law, donde la jurisprudencia suple de manera excepcional a la ley, que sí abunda, siendo la diferencia más de método que de resultado.

1.2. EL CIVIL LAW.

Este sistema es de formación romanista, el cual fue extendido por la cultura francesa y acogido por la mayoría de los países continentales europeos y latinoamericanos luego de su emancipación. Esta familia se formó a través del sistema del *ius scriptum* o derecho escrito que se estructuró mediante su codificación, conocido también por los anglosajones como sistema continental.

Es así como por el sistema de codificación se conocen el *Código de Justiniano*, el *Digesto* o *Pandecta*, la *Institutas* y la *Novelas* que en su conjunto integran el *Corpus Iuris Civilis*. Así mismo luego de la caída del Imperio Romano Napoleón encargó expedir el Código que llevó su nombre.

Se trata pues de un sistema formal escrito que debe estructurarse por conducto del poder legislativo que se caracteriza por emplear un método deductivo, partiendo de la norma general previamente establecida que se inspira y fortalece en el principio de legalidad para llegar al caso particular. Desde luego que todo sistema inicialmente surge a partir de lo particular que con el tiempo se extiende a lo general, pero la diferencia entre este sistema y el anglosajón estriba en la recopilación del derecho como fuente, pues mientras el primero se concentra expresa y directamente en la ley formal escrita, el segundo lo hizo gradualmente consolidándose en los pronunciamientos judiciales a manera de precedente imponiendo reglas tácitas.

El sistema de fuentes, como principal diferencia entre una y otra familia, refleja que su distanciamiento radica en la formalidad que se le da a las mismas para estructurarlas bien a través del órgano legislativo de manera formal y expresa mediante la ley o bien por conducto de los pronunciamientos judiciales que imponen reglas implícitas. Así mientras en el sistema codificado o legislado la principal fuente del derecho es únicamente la ley, que aspira a contener la mayor casuística posible, en la familia del *common law* lo son tanto la ley como la jurisprudencia sin que necesariamente se excluyan entre sí, siendo el precedente judicial de mayor abundancia dado su casuismo original, legislándose por excepción respecto de aspectos muy precisos, sin que en ninguno de los dos sistemas las fuentes resulten incompatibles, pues su relación es de principal o subsidiaria según corresponda.

Igualmente cabe destacar que la familia del *civil law*, también ha mostrado una tendencia a inclinarse hacia el sistema de precedentes, reconociendo una mayor importancia al mismo, sobre todo en el campo constitucional lo cual refleja un acercamiento de los dos sistemas actuales.

En conclusión, mientras el sistema anglosajón es inductivo, informal, implícito, de casuística jurisprudencial que a su vez es fuente principal del Derecho, el continental es deductivo, formal, explícito, de casuística legal y cuya jurisprudencia no es ya principal sino fuente subsidiaria o auxiliar del Derecho, auxiliadora a partir de la cual se ha entendido, quizás erróneamente como se verá, que puede aplicarse de manera facultativa o discrecional, y en todo caso de forma excepcional solo ante el vacío o ambigüedad de la ley,

siendo que en este último sistema se da de contera mayor protagonismo a la ley a diferencia del anterior.

2. LAS ESCUELAS IUSFILOSÓFICAS.

Este tópico también resulta de especial relevancia, toda vez que, contribuye a identificar las tendencias del pensamiento jurídico en las diferentes familias jurídicas, y permite comprender con mayor lógica la identidad de uno y otro sistema que los hace compatibles y estructurados a su interior.

Estas Escuelas se han ocupado a largo de los siglos de definir qué es el Derecho⁵ o qué debe entenderse por tal, a partir de lo cual derivan consecuencias que influyen notablemente en la resolución de los problemas jurídicos que van desde el rigorismo de obligatoriedad del cumplimiento de la ley hasta su inaplicación o desconocimiento por contrariar valores superiores, abriendo vía a la preponderancia de los precedentes judiciales, que disputan la primacía de las fuentes del derecho.

La pugna, entonces entre las Escuelas del Derecho, ha oscilado entre el valor de la ley como fuente principal del Derecho frente a los principios generales del Derecho o valores superiores que se consideran inmutables y universales, como la justicia, disputándose cuál de los dos debe prevalecer en caso de controversia.

2.1. LA ESCUELA DEL IUSNATURALISMO.

Podemos afirmar que es la primera forma de pensamiento universal que surge desde la cultura griega con Aristóteles a la cabeza, según la cual el Derecho es todo aquello que se identifica con el valor supremo de la justicia, siendo que si eventualmente existe alguna ley que la contrarie debe desconocerse su autoridad para imponer el orden moral, respecto de la cual prodiga una inescindible relación con el Derecho.

Por ende dispone esta Escuela que el Derecho se encuentra firmemente vinculado a los principios axiológicos de una sociedad al punto que incluso deben prevalecer sobre las normas formales que derivan su justificación o sustento de aquéllos, existiendo un Derecho natural o universal que prima sobre el formal.

Esta Escuela es de carácter deontológico, pues aspira al deber ser del Derecho a partir de unos principios que considera inmutables o eternos, siendo que la ley debe por tal ostentar una validez material y no formal. Entre esta Escuela encontramos corrientes tradicionales como la Teológica que atribuyen un carácter divino al derecho natural abanderada por Tomás de Aquino; la racionalista, expuesta por los iluministas que estiman que el Derecho natural se ubica en la razón humana; y las versiones modernas, como la de Ronald Dworking que conciben el Derecho natural como un fenómeno social.

De contera que esta concepción ius-naturalista, se identifica mejor con un sistema jurídico como el anglosajón, dado que por su empirismo e informalidad desde el punto de vista normativo, que lo hace menos estático, permite con mayor facilidad la incorporación de principios o valores superiores que son reconocidos dentro de la costumbre y luego en el precedente que aspira a contemplarlos, y que en caso de no hacerlo, como se vio, se permite acudir a la Equity, toda vez que, en efecto la costumbre se aprecia íntimamente ligada a los principios o valores que son de esencia cultural.

⁵ Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla "Filosofía del Derecho".

Escuela que así mismo se ha hecho compatible con el sistema constitucional contemporáneo, que al describir un carácter normativo superior que incluye también principios o valores superiores no limitados taxativamente en su texto, permite que por su conducto se incluyan otros tantos que prevalecen sobre normas formales inferiores, y que ha tornado eclécticos los sistemas jurídicos formales, que a pesar de pertenecer a la familia del *civil law* han adoptado la forma de Estados constitucionales.

2.2. LA ESCUELA DEL IUSPOSITIVISMO.

Contrario sensu, la escuela de positivismo jurídico, se destaca por definir que el derecho es aquél que se ha formado y estructurado de manera formal a través del órgano legislativo correspondiente. Se trata de un derecho ontológico que mira a su validez formal. Desdice pues de la relación inescindible entre moral y derecho y niega la existencia de cualquier derecho natural o universal al que desvirtúa a través del relativismo jurídico y cultural.

También encuentra unas corrientes que fluctúan entre normativismo y realismo, siendo que del primero de ellos encontramos expositores como Hans Kelsen y Herbert Hart, este último a quien se conoce como positivista moderado; y del segundo, que algunos identifican como una tercera Escuela, que ya no mira tanto a la justicia ni a la validez de la ley, sino a su eficacia, que también ubican entre norteamericano y escandinavo.

Este pensamiento filosófico, se ha identificado mejor con el sistema del *Civil law*, habida cuenta que siendo la fuente principal del derecho la ley formal y válida, nutrido por el principio de legalidad que emergió de la Revolución Francesa, es la exégesis su principal estandarte que busca atender al tenor literal de la ley como control y protección sobre el poder del monarca.

Siendo la ley la protagonista del sistema jurídico, se procura contenga el mayor grado de casuística posible, y se restringe al máximo la interpretación o creación del Juez, quien tan solo es *la bouché de la loi* (la boca de la ley).

2.3. ESCUELAS ECLÉCTICAS O INTEGRADORAS.

Respecto de estas posturas radicalmente contrapuestas, se han generado ideas intermedias que demandan una comprensión tridimensional del Derecho⁶, esto es, que se tenga en cuenta del mismo su validez, justicia y eficacia, que algunos integran o explican a través de la teoría de los tres círculos, cada uno de los cuáles representa una corriente opuesta conforme a estos tres aspectos, y que sin embargo ostentan zonas de intersección entre las mismas, destacándose en su centro el Derecho ideal que participa de las tres características antedichas.

Se trata pues, de concebir un Derecho ideal que reúna los tres aspectos fundamentales del mismo que tratan de manera aislada las anteriores teorías o Escuelas, configurando la norma modelo por excelencia que sea al unísono justa, válida y eficaz.

Por nuestra parte, consideramos que el Derecho como tal incorpora un sistema de reglas de conducta encaminadas a procurar el orden social que permita la convivencia pacífica que a su turno garantice la continuidad de la evolución humana, evitando y dirimiendo los conflictos o enfrentamientos que se puedan suscitar respecto de los diferentes intereses de los sujetos de derecho.

⁶ Plazas Vega Mauricio, "Teoría del Derecho y Teorías Políticas", Universidad del Rosario.

Pero ese Derecho como sistema, cuando regula una situación de conflicto, se basa en la búsqueda de un equilibrio y armonía entre las relaciones jurídicas eventualmente contrapuestas, que se refleja de modo razonable en un punto medio que se ha dado en identificar como justicia, la cual ha alcanzado el grado de valor supremo en dichas relaciones. Y en ese sentido, en lo que podríamos denominar teoría del punto medio, puede identificarse bien a través de los principios, que son innegablemente relativos, según la cultura de cada pueblo, o bien con la ley, cuando ésta lleva intrínsecos tales principios o valores que han sido incorporados en su texto. En tal virtud se ha entendido por justicia, el dar a cada cual lo que le corresponde, según los iusnaturalistas, y conforme a los iuspositivistas, en dar a cada quien lo que le corresponde según la ley.

Apreciamos entonces, que en realidad el concepto de Derecho, no se liga exclusivamente a la noción formalista del mismo, como tampoco lo hace exclusivamente de la noción axiológica, que aunque sí resulta principal, y por lo mismo se identifica como principios, se encuentran en la idea de punto medio o de equilibrio que se identifica dentro de cada relación jurídica particular, como arte de la armonía relacional.

En síntesis, estimamos que el Derecho no se define a partir de su forma, como tampoco de su contenido axiológico, que son apenas expresiones del mismo, que eventualmente hacen que la balanza se incline, sino que se relaciona con la idea del equilibrio o del punto medio del conflicto de relaciones jurídicas, que es el momento en el que en realidad cobra vida el Derecho, y constituye la esencia que busca descifrar su alcance, siendo ese el verdadero reflejo del símbolo de la balanza, cuyo objetivo no es inclinarse por alguno de sus costados, sino, permanecer en su centro armónicamente, en señal de equilibrio.

Ese punto medio, es el que se ha identificado como el sentimiento natural que ha acompañado a la humanidad a lo largo de su historia, que se ha relacionado con la justicia, y que ha tendido a confundirse en sus formas de expresión cultural, bien a través de la ley, ora a través de los principios que adopta una cultura de manera consuetudinaria, es decir, con las reglas de conducta.

Es evidente pues, que el Derecho, tanto en su concepción formal iuspositivista e iusnaturalista, representan reglas que deben acatar los destinatarios de la misma, son sus maneras de expresión, no el Derecho mismo, como la pintura que está contenida en un lienzo, que puede estar inspirada en pilares materiales como intelectuales, sin que ello represente el significado de su ser, que se ubica en el resultado de la obra, esto es, el arte.

El Derecho puede expresarse en leyes o en principios, constituyendo en ambos casos reglas en su sentido objetivo, en tanto que la justicia, entendida como el punto medio o de equilibrio de la relación jurídica, es el resultado del Derecho, su realización.

3. EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO.

Nuestro Estado colombiano, corresponde por tradición e historia a la familia romanista del *Civil Law*, y estuvo legalmente influenciado por el sistema francés de carácter legalista, que consagra acciones como la Casación para garantizar el orden de la ley en las providencias judiciales, legalidad contenida especialmente en el Código Civil de Bello. En tanto que en lo que respecta al orden constitucional que apenas nacía, se inspiró en el sistema norteamericano de origen anglosajón, que constituyó la respuesta política de todas las naciones colonizadas que se habían emancipado para regular su nueva situación.

Sin embargo, debe destacarse que en aquél entonces las Constituciones Políticas, tan solo ostentaban un carácter programático y de buenas intenciones de un determinado conglomerado nacional, careciendo de cualquier fuerza normativa directa, pues para ello se encontraban las diferentes leyes ordinarias, normalmente codificadas que se encargaban de regular todos los aspectos jurídicos particulares o casuísticos y de desarrollar el aspecto programático de la Constitución.

Es así como puede afirmarse, que en gran parte de los ordenamientos jurídicos occidentales, entre ellos el colombiano, se adoptó el sistema de codificación legal, propio del *Civil Law*, siendo que la obra jurídica de mayor trascendencia en tal ámbito fue justamente el Código Civil, cuya función principal era la regulación de los casos particulares, además de ostentar un importantísimo carácter integrador y armonizador que engranaba el sistema jurídico general de una nación, pues se encargaba incluso de regular aspectos propios de la ley, como su vigencia en el tiempo y en el espacio, el estado de los nacionales, etc.

Siendo así que al Código Civil, siempre se le encargó la tarea unificadora⁷, estructuradora y armonizadora del sistema legal interno, como fuente principal en sí misma y supletoria de otras ramas del Derecho, encargada de engranar el ordenamiento jurídico para hacerlo coherente y funcional.

Con dicha estructura jurídica, de supremacía formal constitucional y presunción de constitucionalidad de las leyes, se estableció un sistema de fuentes del Derecho que se encuentra descrito por el artículo 5° de la Ley 57 de 1887 y los artículos 4° y siguientes de la Ley 153 del mismo año, encontrándose en primer lugar la Constitución y en segundo la Ley, en ambos casos con valor de fuente principal que prevalecía sobre la jurisprudencia, que operaba como simple criterio auxiliar.

No empece lo anterior, con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, y la creación de la jurisdicción constitucional en cabeza de una Corte Constitucional independiente, se tiene que además de los tradicionales sistemas de control abstracto y concreto de constitucionalidad de la ley, se abrigó la posibilidad de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de la acción de tutela o acción de amparo como se le conoce en otros ordenamientos foráneos, en aplicación directa de la Constitución que integró tales derechos en su texto expresamente, no requiriendo ya los mismos de desarrollo legal para su protección.

En efecto, la supremacía de la Constitución, que no es nuevo, pues como se vio, existe desde la Constitución de 1886, dejó de entenderse exclusivamente para los aspectos estructurales del Estado y como mera formalidad de los derechos sustanciales que se desarrollaban y definían solo a través de la ley, siendo que su superioridad trascendió materialmente respecto de los derechos sustanciales, hoy en su mayoría con carácter fundamental, o cuando menos estrechamente ligados a alguno de ellos.

Sin embargo, contrario a lo que algunos han podido pensar, la Constitución de 1991, reiteró expresamente el sistema de fuentes del Derecho tradicional al señalar en su artículo 230 que “Los jueces en sus providencias solo están atados al imperio de la ley”, disponiendo que “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

⁷ Gutiérrez Sarmiento Humberto, “*La Unidad del Método Jurídico, Piedra Angular para la Restauración de la República Durante el Siglo XX*”, Editorial Leyer, 2008.

Norma que a pesar de ser tan clara, debió ser objeto de hermenéutica por parte del Alto Tribunal de constitucionalidad nacional, que bajo el control de constitucionalidad, encontró que dicha tarea hacía que sus propias providencias debieran vincularse tan estrechamente al texto Constitucional, que eran parte del mismo y no podrían ser objeto de desconocimiento, adquiriendo aquellas providencias ahora la misma fuerza vinculante normativa de la Carta Mayor, consolidando el sistema de precedente constitucional obligatorio, con autoridad de cosa juzgada constitucional.

Y, como si fuera poco, el tema tocó las providencias emanadas de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales por vía de tutela y de su función de revisión, en la que estableció la doctrina según la cual los estrados judiciales deberían respetar el precedente jurisprudencial emanado de esa Alta Corporación, siendo que solo por excepción podría ser desconocido pero en todo caso con la carga argumentativa que ello entraña.

Esta situación que para algunos puede resultar paradójica, pues entronizó un sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorio al interior de un sistema legal de fuentes del derecho, donde aquéllos apenas eran un criterio auxiliar y, el legislador es quien hace el derecho y no el juez, encuentra explicación en el carácter genérico y abstracto de los derechos fundamentales y del control constitucional que requería la existencia de una uniformidad.

En efecto, tal generalidad y abstracción de la norma constitucional que no encuentra a su vez norma superior a ella misma, hace que ésta no sea casuística, a diferencia de la ley tradicional del *Civil Law*, y muchos de sus contenidos o preceptos requieren un desarrollo y alcance por parte del intérprete, que ya no es única y necesariamente el legislador al tener la norma constitucional ahora aplicación directa por parte del Juez.

Es así como el hecho llega más rápido que la ley ordinaria, siendo que los derechos abstractos referidos por la Constitución, que son ahora de aplicación directa, requerían de una definición y determinación de su alcance para cada caso particular, labor que por aspectos prácticos llegó primero al juez constitucional dado su mayor aproximación e inmediatez con la sociedad, en sede de tutela o de control constitucional.

Aspecto este que explica cómo se llegó a un sistema de precedentes constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, siendo que se evidenció la necesidad de la obligatoriedad del precedente que permitiera una uniformidad jurídica de los aspectos que esta jurisdicción definía, lo cual se explica también considerando que en el ámbito constitucional la casuística jurisprudencial se convirtió en la regla general como acontece en el sistema anglosajón, creando reglas ante la ausencia de ley descriptiva.

En un sistema legal donde la ley constituye la regla general de regulación, es natural que se conciba la jurisprudencia como un mero criterio auxiliar, toda vez que, esta se produce de manera excepcional frente a la escasa ausencia de la ley, contrario a lo que sucede en un sistema de precedentes, donde la jurisprudencia es la regla general y la ley existe por excepción, haciéndose necesaria la uniformidad del sistema general a través de la obligatoriedad que le imprima coherencia al mismo.

Es así como el derecho constitucional, encuentra una justificación práctica de cómo arribó al método de precedentes judiciales. Primero en su labor de control constitucional, que obliga a su precedente por contener decisiones que se integran directamente a la Carta Política, y

en segundo lugar en tratándose de los derechos fundamentales, dada su abstracción y generalidad, que requería de una definición concreta para cada caso particular.

Entonces, observamos que en el escenario constitucional, el precedente es el resultado de una necesidad práctica, a la cual se arribó casi que por antonomasia.

Este fenómeno jurídico nacional, inconcientemente ha conllevado a una mixtura de nuestro ordenamiento jurídico entre la familia tradicional nuestra del *Civil Law* respecto de la ley común u ordinaria y el *common law* anglosajón, del que ha importado varias teorías jurídicas, como son la técnica de la diferenciación y de la *ratio decidendi*.

Ello explica, que a nivel constitucional exista un sistema de precedentes; sin embargo, en el restante ordenamiento jurídico tradicional, no parece tan lógica la situación, pues el mismo conserva su estructura y primacía normativa en cuanto a sus casos particulares refiere, pues allí la normatividad continúa siendo casuística fruto de largos años de elaboración legislativa y recopilación de principios que datan aún del derecho romano.

Al respecto, si bien es cierto pudiera configurarse una eventual contradicción entre el sistema normativo y la jurisprudencia generalizada en el argot constitucional, es lo cierto, que debe considerarse la supremacía de este último en aquellos puntos donde coexistan tópicos de derechos fundamentales y de control constitucional, pues las normas inferiores deben ajustarse al ordenamiento superior, no sucediendo lo mismo en aquellos aspectos que deben ser y son propios de la ley especial que no regula ni puede hacerlo directamente la norma superior dado su carácter de marco general.

De lo expuesto, se colige que la jurisprudencia continúa conservando en nuestro medio su carácter auxiliar frente a la ley, en su doble dimensión, constitucional y legal propiamente dicha, solo que tal carácter auxiliar o subsidiario ya no es discrecional sino obligatorio, es decir, que el precedente debe aplicarse, máxime cuando éste ha tendido a generalizarse en garantía supralegal, punto que expresa la evolución actual de nuestro sistema de fuentes.

En consecuencia no existe en nuestro ordenamiento, una conversión total al *common law*, tan solo una mayor aproximación al mismo, en tanto que la jurisprudencia no ha pasado a ser fuente principal del derecho, sino que continúa siendo auxiliar, pero ahora obligatoria, no facultativa como se entendía anteriormente, ante el vacío o ambigüedad de la ley ordinaria o contradicción de la norma superior, que debe suplirse necesariamente por el precedente.

Es este pues el escenario en que se encuentra nuestro sistema actual de fuentes del Derecho, que para la jurisdicción diferente a la constitucional encuentra ahora como espacio para la aplicación de precedentes, además del vacío y la ambigüedad legal tradicionales, aquellos casos donde se encuentren pronunciamientos sobre derechos fundamentales y de control constitucional.

De contera que paradigmáticamente lo que no se logró por vía legal, obligatoriedad del criterio auxiliar de jurisprudencia, que se había intentado desde los Decretos 2067 de 1991 y 2591 del mismo año, arts. 23 y 36, respectivamente, declarados inexecutable por la Corte Constitucional⁸, se logró por vía jurisprudencial de esa misma Corporación luego de varios vaivenes con la noción de efectos *inter pares*.

⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias: C-113 del 25 de marzo 1993, expediente D-096, M.P. Jorge Arango Mejía; C-131 de abril 1° de 1993, expediente D-182, M.P. Alejandro Martínez Caballero; y C-083 del 1° de marzo de 1995, expediente D-665, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

3.1. VALOR DEL PRECEDENTE ACTUAL EN LA JURISDICCIÓN COMÚN.

Como ya quedó insinuado *ut supra*, el valor del precedente, que no es otro que la misma jurisprudencia, constituye un criterio auxiliar de las fuentes del derecho, solo que hoy por hoy, dicho criterio es obligatorio en aras de la armonía, siendo que la auxiliaridad no se predica sobre la facultad de poder aplicarlo al arbitrio del intérprete, sino del deber de aplicarlos en aquellos casos excepcionales en que existe un vacío o ambigüedad de la ley.

Para algunos, este aspecto podría resultar contradictorio, dado que estiman que lo auxiliar no puede ser obligatorio, pero olvidan que lo auxiliar no solo se predica de la facultad discrecional de aplicar un criterio jurisprudencial, como se entendía tradicionalmente, sino también del hecho en que emerge de manera supletoria o subsidiaria de la ley un precedente, aspecto este último que en nada se reciente con la noción de criterio auxiliar obligatorio, esto es, que a falta de ley o claridad de la misma, debe aplicarse el precedente existente, máxime si con ello se garantiza el derecho de igualdad, y más aún se preserva una estructura homogénea de aquél cuando tiende a generalizarse o volverse común antes que la ley misma.

En lo que toca a los casos eufemísticamente denominados de disanalogía o técnica de las distinciones, que no es más que la diferencia razonable entre un caso y otro, *prima facie* iguales, no encuentra mayor dificultad en la medida, y esto no es solo de una jurisdicción especial, que siempre que exista diferencia entre un hecho de un precedente y un caso nuevo, no habrá lugar a la aplicación de la jurisprudencia anterior, como parece apenas lógico y natural, luego entonces porqué abordar este tema como una forma de técnica especial para discernir lo que no encuadra dentro del sistema de precedentes.

Es tanto como no aplicar la ley análoga, simplemente porque el supuesto de hecho no coincide con su enunciado, que es lo lógico, y llamarlo por ello sofisticadamente también disanalogía legal. No hay nada oculto debajo de las piedras, porqué hacer parecer como nuevo lo que no lo es, cuando se trata de una simple variación que resulta mayormente adecuada a la tendencia constitucional y al aumento en la productividad judicial ante la complejidad social y el modelo de Estado.

Son tópicos que, en nuestro ordenamiento jurídico ya existían, tan solo que han sido abordados nuevamente en consideración a la proliferación de la jurisprudencia constitucional, que como vimos encuentra su justificación práctica en la aplicación directa de normas de contenido muy general, y que ha demandado pragmáticamente soluciones semejantes a la doctrina del *stare decisis*, que se explica porque allí opera el precedente como regla general y no excepcional, como sí acontece en los sistemas codificados, donde la regla general es la ley escrita y no la jurisprudencia, aspecto que ha llevado a dificultades inteligibles por parte de sus estudiosos, al punto que incluso los operadores jurídicos equívocamente han visto en ello un poder de creación jurídica más allá de lo tradicional, cuyo límite se descubre tan solo ante el vacío y/o ambigüedad legal, o en tratándose de derechos fundamentales y constitucionales por aplicación directa, debiendo eso sí respetar el precedente si lo hay.

De manera que el poder de creación judicial en nuestro sistema, no es absoluto, pues en nuestro sentir está limitado por las cuatro hipótesis expuestas, con lo cual el sistema se hace funcional, lógico y coherente, pese a lo cual, se observa con preocupación, que algunas jurisdicciones, en especial la Contenciosa Administrativa, presenta una fuerte tendencia por crear Derecho a pesar de la claridad evidente de la ley que regula un caso concreto, máxime cuando esta es supletoria de dicha especialidad, como son las normas del derecho privado, y

en especial del Código Civil, so pretexto de principios superiores, con lo cual a su vez se deja una sensación de atentar contra uno de sus principales postulados como lo es el principio de legalidad que tanto pregonan, y aún del tipo penal cuyo *nomen juris* correspondería al prevaricato, haciendo que el sistema parezca desarticulado y paradójicamente inexplicable, ocurriendo otro tanto en lo que respecta al valor del precedente, aún más débil que el carácter imperativo de la ley, lo que ha desembocado en desconocimientos flagrantes de aquel.

Empero, a nuestro parecer, a dicha confusión se ha llegado con ocasión de observar el fenómeno de constitucionalización como algo supremamente novedoso, revolucionario y hasta extraño a nuestro sistema, que en lugar de engranar y armonizar con el existente, procedió a romper a ultranza todos los paradigmas vigentes, incluso el de la coherencia, lo cual es fruto de la inusitada y excesiva aproximación del objeto de estudio, que al igual que sucede con el observador que aproxima más de lo debido su objeto de observación, pierde la dimensión adecuada del mismo, resultándole imposible apreciarlo realmente.

Es claro, que ante normas que por su naturaleza, resultan sumamente genéricas, como las constitucionales, en su desarrollo caben todo tipo de subjetividades, circunstancia que por lo mismo debe hacer que operen normas o principios al respecto como los límites referidos anteriormente, que lo hagan objetivo e invariable en pro de la seguridad jurídica.

De lo dicho, se aprecia que se ha sobredimensionado la constitucionalización del Derecho, al punto que las normas especiales, que no tienen por objeto tales aspectos, se han visto modificadas y hasta desnaturalizadas, dando al lastre incluso con el principio de prelación de la norma especial sobre la general, que por muy fundamental que pueda ser esta última, no llega a poder contemplar aspectos en rigor particulares que sí ha previsto la norma especial, que se ha visto desplazada para ser sustituida por una hermenéutica subjetiva, que se supone tan solo se requeriría ante el vacío o ambigüedad legal.

Un sistema parte de una estructura, que se supone es fuerte como para sustentarlo, con sus piezas debidamente unidas en torno a ello, y si alguna de las mismas presenta fisuras o tendencias opuestas a tal unidad, es muy factible que se debilite y tienda a su derrumbamiento, estructura legal que en el ordenamiento jurídico colombiano, estuvo cimentada en el Código Civil, y que en lugar de haber sido fortalecida por los intérpretes de la nueva Constitución, ha sido debilitada con una herramienta jurídica que a pesar de ser superior, ostenta grandes vacíos en torno a aspectos distintos de los que le son propios, que la ley ordinaria sí reglamenta y que por lo mismo no deberían ser objeto de tal hermenéutica, salvo las excepciones ya referidas.

Huelga advertir, que nuestro sistema jurídico actual, se ve enfrentado a unos constantes vaivenes que restan estabilidad al mismo, con leyes muchas veces inconsultas que permiten abrir aún más la oportunidad de intervención del intérprete judicial, que por más que se quiera, difícil le resulta escapar de la subjetividad propia de la naturaleza humana, siendo que no en vano se observan con cada vez mayor frecuencia la precoz pérdida de vigencia de las normas, bien por su derogatoria directa, o bien porque resultan inconstitucionales, lo que refleja su improvisación o ligereza, lo que da cuenta de su exigua permanencia en el tiempo que le impide forjarse como institución, contrario al sistema del *Common law*, que tiene reglas jurisprudenciales que datan incluso del año 1600, y que por lo mismo se conocen como reglas de oro dada su permanencia y vigencia.

Por otra parte, el problema que también se observa de aquel que emerge de la “entronización” de un sistema de precedentes, es la dificultad de compendiar y estudiar adecuadamente los mismos a lo largo de la historia, lo cual se hace mucho más voluminoso que la propia ley, de por sí abundante y desestructurada en nuestros días, con lo cual los estudiosos del Derecho enfrentan la titánica labor de tratar de descifrar la intención del legislador en voluminosos textos y confrontarlos con los mayormente complejos y no menos extensos criterios jurisprudenciales.

Es decir, que ahora además de tener que investigar el Derecho en los Códigos, reemplazados cada vez más por leyes autónomas para cada tema con clara apariencia actual desvertebrada debe acudir a una especie de anuarios o year-books, en el que ya se especializan algunas librerías, lo cual lejos de significar eufemísticamente una evolución en la resolución de la problemática jurídica nacional, trae consigo enormes inconvenientes, pues esta última tendencia es hace mucho tiempo un gran dilema para los estados de la tradición del *common law*, quienes se ven enfrentados a un estudio del derecho casuístico y por ende fragmentado que da la impresión de carecer de estructura⁹.

El derecho romano, como tal es y fue mucho más robusto y desarrollado, al punto que muchas de sus instituciones aún se mantienen, dado su carácter práctico, lógico y de sentido común que permite desarrollar el libre albedrío del individuo limitado bajo la noción de responsabilidad. Quizás deberíamos atender a una ciencia jurídica más sencilla¹⁰ y práctica, pues teleológicamente el derecho está orientado a solucionar conflictos y no a agravarlos o a añadir nuevos que las más de las veces no tienen que ver en absoluto con la cuestión de fondo que instan los ciudadanos.

En conclusión, a nuestro leal saber y entender, se ha dado una relevancia exacerbada a unos fenómenos jurídicos, como lo es la supremacía constitucional y la obligatoriedad del precedente, que lejos de ser nuevos, ya se contemplaban en nuestro ordenamiento desde el siglo antepasado, y tan solo bastaba recordarlos y dimensionarlos acorde a nuestra tradición jurídica del *civil law*, sin desbordar los límites que se requieren para ello, en especial en tratándose de la hermenéutica jurídica, cuyos lindes se aprecian, se repite, en el vacío o ambigüedad legislativa y en los aspectos propios del derecho constitucional y de los derechos fundamentales.

⁹ Cueto Rúa Julio César, “*El Common Law, su Estructura Normativa, su Enseñanza*”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997. El autor refiere como desventajas del estudio del case method o método casuístico, el hecho que es muy pobre como medio de transmisión de conocimiento sobre la estructura normativa, ya que “El estudiante se siente “en el aire”, pues aunque aprende a razonar, a conocer los hechos y distinguir sus diversos elementos, no logra un adecuado conocimiento de las normas jurídicas que lo integran... El debido conocimiento del ordenamiento jurídico como un todo, y de las normas adecuadas a cada tipo de situación..., queda librado a la habilidad y a la empresa de cada uno de los estudiantes...”.

¹⁰ Jack Trout. *El Poder de lo Simple, una Guía Empresarial para Eliminar lo Absurdo y ser más Racional*. Edición internacional Rúl Peralba y Raúl G. del Río, autor que entre otras cosas señala que la mejor forma de combatir la complejidad es siendo simple, quien citando a John Sculley afirma que “Todo lo que hemos aprendido en la Era Industrial se ha orientado a crear más y más complicaciones. Pienso que ahora, cada vez más personas están entendiendo que es necesario simplificar, no complicar. La simplicidad es la máxima sofisticación”. Aspecto que nos recuerda la elemental máxima de secundaria y aún de grados inferiores, según la cual a mayor comprensión menor extensión, que infortunadamente muchos alejan de su vida.

LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

© Librería Ediciones del Profesional Ltda.
Calle 12, No. 5-24, Tel. 2433482, Bogotá,D.C., Colombia,
Dirección Postal
Instituto Colombiano de Derecho Procesal
Calle 67, No. 4A-09, Tel. [3104406](tel:3104406) - Fax.[3104489](tel:3104489)
Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en EDITORIAL ABC.
ISSN 0123-2479

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfica o fónica, especialmente por fotocopia, microfilme, offset omimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de librería ediciones del profesional Ltda.