

**LA INTEGRACIÓN DE LA RATIO DECIDENDI EN SENTENCIA DE TUTELA DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL AL SISTEMA DE FUENTE FORMAL DEL DERECHO
COLOMBIANO.**



CAMPO RAMOS ANGIE DAIVELLY

LEÓN ARARATH EDWIN ANDRES

UNIVERSIDAD DEL CAUCA

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

POPAYAN (CAUCA)

2019

CAMPO RAMOS ANGIE DAIVELLY

LEÓN ARARATH EDWIN ANDRES

**LA INTEGRACIÓN DE LA RATIO DECIDENDI EN SENTENCIA DE TUTELA DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL AL SISTEMA DE FUENTE FORMAL DEL DERECHO
COLOMBIANO.**

Tesis presentada a la facultad de derecho, ciencias políticas y sociales de la Universidad del
Cauca para la obtención del Título de Abogado.

PREGRADO EN:

Derecho.

Director:

WILLIAM FELIPE HURTADO QUINTERO.

Popayán
2019

RESUMEN

La Carta Política colombiana de 1991 ha desencadenado dentro de la teoría jurídica arduas discusiones respecto de su artículo 230 en que presenta las fuentes del derecho que regirán la actividad judicial, dando primacía de fuente formal del derecho a la ley y a la jurisprudencia el parámetro de fuente auxiliar a la actividad judicial, este debate centra su atención en el notable activismo de la Corte Constitucional la cual no solo íntegro y trasplanto un sistema jurídico que no corresponde a las características centrales de los sistema continentales de tradición romano germánico como es el sistema anglosajón, el cual su sistema jurídico fundamenta el derecho en decisiones judiciales no en la ley legislada. Por otro lado, la Corte en el fin de dar un mayor alcance y contenido a sus pronunciamientos como juez de revisión de tutela (control concreto) empieza a desarrollar nuevas reglas constitucionales legitimadas en las teorías de neo constitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano para viabilizar la obligación a la actividad judicial de respetar, acatar y seguir sus decisiones de sentencia de tutelas en que se identifiquen en su ratio decidendi los elementos de reiteración de la ratio, a saber principio de supremacía de la Constitución Política, igualdad, seguridad jurídica y el desarrollo de preceptos axiológicos de la Carta Política con efecto de modulación inter comunis, en el sustento de unificar de manera coherente y justa el orden jurídico, al ser obligación del Estado garantizar al ciudadano la materialización y justiciabilidad de sus derechos fundamentales constitucionalizados, sumado a los márgenes de igualdad en su aplicación, es decir igualdad ante la ley.

Por otro lado, el exasperado activismo judicial de la Corte Constitucional lejos de unificar el orden jurídico ha desencadenado fuertes oponentes axiológicos bajo los parámetros exegéticos del artículo 230 de la Carta Política que sustenta al juez como mero aplicador de la ley al ser esta la que ciñe al derecho de certeza y validez, por ende elimina toda posibilidad al juez de crear derechos. Es por ello que la investigación tiene como finalidad establecer que rango ocupa la ratio decidendi de sentencias de tutela de la Corte Constitucional en el sistema de fuentes del derecho colombiano.

Palabras claves: Corte Constitucional, elementos de reiteración de la ratio de tutela, inter comunis, activismo judicial, neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano.

ABSTRACT

The Political Letter of Colombia 1991 has triggered in the legal theory arduous discussions regarding its article 230 in which it presents the sources of the law that will govern the judicial activity, giving formal source primacy of the right to the law and jurisprudence the source parameter auxiliary to judicial activity, this debate focuses on the remarkable activism of the Constitutional Court which not only integrates and transplants a legal system that does not correspond to the central characteristics of the continental systems of Germanic Roman tradition such as the Anglo-Saxon system, which its legal system bases the right in judicial decisions not in the legislated law. On the other hand, the Court, in order to give greater scope and content to its pronouncements as judge of review of guardianship (concrete control) begins to develop new constitutional rules legitimized in the theories of neo-constitutionalism and new Latin American constitutionalism to make the obligation viable to the judicial activity of respecting, abiding by and following their decisions of sentence of guardianships in which the elements of repetition of the ratio are identified in their ratio, namely the principle of supremacy of the Political Constitution, equality, legal certainty and the development of axiological precepts of the Political Charter with the effect of inter-communal modulation, in the support of unifying in a coherent and fair manner the legal order, since it is the obligation of the State to guarantee the citizen the materialization and justiciability of their constitutionalized fundamental rights, added to the margins of equality in its application, ie equality before And the law.

the other hand, the exasperated judicial activism of the Constitutional Court, far from unifying the legal order, has unleashed strong axiological opponents under the exegetical parameters of article 230 of the Political Charter that sustains the judge as mere enforcer of the law, since it is the one that encircles to the right of certainty and validity, therefore eliminates any possibility for the judge to create rights. That is why the investigation aims to establish the rank of the decision-making ratio of judgments of the Constitutional Court in the system of sources of Colombian law.

Keywords: Constitutional Court, elements of reiteration of the guardianship ratio, inter communis, judicial activism, neo-constitutionalism and new latin american constitutionalism.

INTRODUCCIÓN.

El orden jurídico colombiano dentro de la teoría jurídica ha presentado transformaciones bastante notables, entre ellas tal vez la más trascendental es la reevaluación de las fuentes del derecho a partir de la necesidad de adaptar éstas al contexto social en que les ha tocado mediar como mecanismo de regulación social a los conflictos jurídicos, por ende si la sociedad cambia el derecho ha de transformarse con ella. (García-Barrio, T., 2006, pág. 129) De ahí la impulsión de la teoría jurídica de modificar las fuentes principales del derecho inmersas en el artículo 230 de la Carta Política de 1991, en la búsqueda de establecer los parámetros para que la actividad judicial siga y acate las decisiones en control concreto de la Corte Constitucional al resolver situaciones jurídicas análogas, es decir igualdad de trato ante la ley. En este sentido, la jurisprudencia y el precedente ungen como mecanismos tendientes a lograr la justiciabilidad y materialización de los mínimos de derechos que deben ser asegurados al ciudadano.

Es por ello que la presente tesis pretende abordar los debates dentro de la teoría jurídica que ha suscitado la reevaluación de las fuentes -en principio criterios auxiliares del derecho y ahora fuentes formales-, estas problemáticas teóricas jurídicas se sintetizan en: i) el trasplante de figuras que encuentran sustento teórico jurídico y normativo en sistemas de diferente origen y formación, es decir el derecho anglosajón y el continental- romano germánico, y ii) la integración de teorías divergentes como el formalismo y antiformalismo jurídico, el neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano, siendo estas últimas las que sustentan el exacerbado activismo judicial de la Corte Constitucional bajo el cual crea y renueva reglas jurídicas a través de la interpretación global y sistemática de la Carta Política, en la búsqueda de dar solución a las necesidades concretas del orden jurídico.

En este sentido, la Corte Constitucional a través de su función de garante de la supremacía de la Carta Política incorpora la jurisprudencia como fuente vinculante del derecho a través del control abstracto de constitucionalidad y el control concreto de los derechos fundamentales constitucionalizados, -siendo este último el que se desarrollara en el transcurso de la investigación-. En este orden, la Corte en busca de dar seguridad jurídica a sus pronunciamientos tuvo que replantear el carácter y alcance de sus fallos para obligar a la actividad judicial a

respetar, seguir y aplicar su precedente de control concreto, en este fin empieza en la sentencia C-486 de 1993 a dar concepciones distintas a el indicativo “ley” del artículo 230 de la C. Pol, al señalar que sus pronunciamientos como interprete y salvaguarda de la Carta Política se hallan incorporados al imperio de la ley, al ser la Carta Política norma suprema del orden jurídico, por ende debe congregarse como “derecho”, esté ha sido fundamento hermenéutico para dar viabilidad jurídica al carácter obligatorio de sus sentencia de tutela en las cuales se hallen los elementos de reiteración de la ratio de tutela con efecto de modulación inter comunis, las cuales han renovado el orden jurídico colombiano.

No obstante, lo anterior no ha sido aceptado por todos los agentes del Estado, al indicar de manera reiterativa y exegética lo expuesto en el apartado del artículo 230 Carta Política, que responde a la tradición jurídica romano germánica a la que pertenece Colombia, es decir en este sistema de derecho el juez es sólo es un aplicador de la ley (Guerra, 1997), de ello que la jurisprudencia solo contemple el valor de criterio auxiliar en la actividad judicial, pues esta sólo opera en silencio de la fuente formal para determinar el sentido, contenido y alcance de las disposiciones que en ella se encuentren inmersas, por ende el constituyente no confirió al juez competencias de legislador. (Bernal Pulido, 2005, pág. 214)

En este orden de ideas se ha planteado como problema central de la investigación *¿qué rango ocupa la ratio decidendi de sentencias de tutela de la Corte Constitucional en el sistema de fuentes del derecho en Colombia?* en esta sentido las categorías de análisis que se trabajarán serán: i) el sistema de fuentes formales del derecho a la luz de diversas corrientes teóricas del historicismo, centrando su atención en las teorías de neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano y ii) el alcance de la ratio decidendi de sentencia de tutela objeto de revisión por la Corte Constitucional.

Se hace pertinente indicar que el propósito general de esta investigación será identificar cuál es el lugar que ocupa la ratio decidendi de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional en el sistema de fuentes del derecho colombiano, lo cual se trabajara mediante dos capítulos que desarrollaran los objetivos específicos propuestos, el primer capítulo tiene como finalidad explicar la evolución histórica y teórica del sistema de fuente formal del derecho en Colombia. El segundo capítulo por su parte tiende a establecer la estructura de fuente formal en sentido material del

derecho implícita en la ratio decidendi de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional colombiana contenidas del efecto inter comunis.

La hipótesis a trabajar consiste en el rango de fuente formal en sentido material que ocupa la ratio decidendi de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional cuando estén contenida del efecto de modulación inter comunis y de los elementos de reiteración de la ratio de tutela en control concreto, a saber principio de supremacía constitucional, igualdad, seguridad jurídica y el desarrollo de preceptos axiológicos de la Carta Política. Para demostrar la hipótesis se trabajó el método hermenéutico de las ciencias jurídicas y sociales a través de la técnica de sistematización y análisis de la información frente a textos de orden jurídico formal, tales como normas, y sentencias de la Corte Constitucional, además de doctrina especializada en las teorías jurídicas del positivismo, antiformalismo, neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano.

JUSTIFICACIÓN

La tesis se presenta con dos fines, el primero que sirva como herramienta jurídica desde el meta análisis del sistema de fuentes del derecho en Colombia, al ser una propuesta ambiciosa con visión integral que vincula la Historia del Derecho y Derecho Constitucional, en cuanto busca desentrañar la discusión en la teoría jurídica, respecto del rango que ocupa las sentencias de tutela de la Corte Constitucional en el sistema de fuentes del derecho en Colombia, al existir dos posturas dentro del orden jurídico: i) que niega el carácter obligatorio del precedente concreto como fuente formal del derecho, en cuanto la Carta Política de 1991 atribuyó en su artículo 230 a la ley como única fuente formal del derecho a la que están sometidos los jueces en sus providencias, al tener la jurisprudencia solo el carácter de fuente auxiliar de la actividad judicial, y la ii) responde a la tesis desarrollada y seguida por la Corte Constitucional, que ha reevaluado el alcance y contenido de sus pronunciamientos por vía Constitucional, especialmente en el control concreto de tutela sustentado en los parámetros garantismo y protectores que consagran los derechos fundamentales desde activismo judicial que se legitima en las teorías de neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano en el cual fundamenta la extensión de los efectos de la ratio de tutela en que se hallen incorporados los elementos de reiteración con modulación inter comunis.

En lo expresado, la tesis busca servir de referente académico (teórico y jurídico) a los abogados litigantes, estudiantes de derecho, juristas, operadores judiciales y el público en general, al dar respuestas sólidas del rango que ocupa las sentencias de tutela de la Corte Constitucional en el sistema de fuentes del derecho en Colombia.

La segunda finalidad con la que se presenta la tesis es con el propósito de obtener los títulos de abogados de la Universidad del Cauca.

TABLA DE CONTENIDO.

RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	3
JUSTIFICACIÓN	7
AGRADECIMIENTO.....	11
ABREVIATURAS.....	12
LISTA DE TABLAS.....	13
CAPITULO I. SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO EN COLOMBIA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y TEORICA.....	14
Introducción al capítulo:	14
1. Generalidades: Contexto Histórico y Jurídico.....	16
1.1. Tradición jurídica y el sistema de fuentes del derecho.....	16
1.1.1. Tradición jurídica Romano-Germánica.	19
1.2. Las iustorias francesa y alemana del siglo XIX y XX: teorías positivistas y la codificación civil.....	24
1.2.1. Escuela de la Exegesis francesa (École de l'Exegèse).....	25
1.2.2. Jurisprudencia conceptual alemana. (<i>begriffsjurisprudenz</i>).	29
1.2.3. Codificación Civil.....	32
1.3. Sistema de fuentes del derecho en Colombia.....	36
1.3.1. El derecho Indiano.....	36
1.3.2. La Codificación civil en Colombia.....	37
1.3.3. Imperio de la ley vs la fuerza de la jurisprudencia	42
1.3.4. Fuentes del derecho en Colombia: Constitución Política de 1991	48
2. Teorías formalista y antiformalista en el sistema de fuentes del derecho colombiano.....	50
2.1. Teoría formalista.....	51
2.2. Teoría antiformalista.....	58

CAPITULO II: ELEMENTOS DE FUENTE FORMAL DE LA *RATIO DECIDENDI*
EN SENTENCIA DE REVISIÓN DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
COLOMBIANA..... 64

Introducción al capítulo..... 64

3. El precedente anglosajón: referencia de derecho al estudio propuesto..... 65

3.1. Consolidación del sistema judicial en Inglaterra. 66

3.1.2. El periodo moderno del derecho inglés: integración de las reglas del *stare decisis* a partir de la unificación de la suprema corte de judicatura 68

3.2. La recepción del derecho inglés en los Estados Unidos de Norte América..... 72

3.2.2. Organización del sistema jurídico estadounidense 72

3.2.3. Las reglas del *stare decisis* en el derecho norteamericano: teoría realista y control difuso..... 73

4. Tipología del precedente: conceptualización y caracterización de la doctrina del precedente..... 76

4.1. Diferencia entre el precedente judicial y el precedente Constitucional: inicio de la doctrina del precedente en el sistema continental romano germánico. 78

4.1.2. La jurisprudencia en los sistemas de fuentes del derecho continental. 79

4.1.3. La ley como única fuente de creación de derecho en los sistemas continentales
80

4.1.4. La jurisprudencia como fuente creadora de derecho en los ordenamientos jurídicos continentales..... 82

5. Contextualización del sistema de fuentes del derecho colombiano en la Carta Política de 1991: un debate desde la teoría jurídica ley vs precedente de control concreto. 89

5.1. La jurisprudencia constitucional fuente vinculante de la actividad judicial: doctrina constitucional. 91

5.1.2. Voces de unanimidad: integración del precedente de tutela de la Corte Constitucional en Colombia. 93

5.1.3. Reglas del *stare decisis* en el precedente de tutela de la Corte Constitucional colombiana. 95

5.3.1. La *ratio decidendi*: parte vinculante y reiterativa de la sentencia..... 96

5.3.2. *Decisum* 97

5.3.3. *Obiter dictum* 97

5.4. Parámetros establecidos por la Corte Constitucional a la actividad judicial para apartarse del control concreto de tutela.	99
5.5. Contrincantes axiológicos de la obligatoriedad del precedente de tutela Corte Constitucional en Colombia.	101
5.6. Las figuras legales y constitucionales instauradas por la Corte Constitucional en la obediencia de su precedente de tutela.	104
5.6.1. Prevaricato por acción.....	104
5.6.2. Tutela contra sentencia judicial.....	107
5.7. El precedente concreto de tutela de la Corte Constitucional en colombiana. .	110
5.7.1. Los efectos de modulación de la ratio decidendi de tutela de la Corte Constitucional.....	111
5.7.1.1. Efecto inter partes en sentencias de tutela.....	112
5.7.1.2. Efecto inter pares.....	113
5.7.1.3. Efecto inter comunis en sentencias de tutela de la Corte Constitucional. .	114
6. El neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano: corrientes teóricas de la Corte Constitucional colombiana para legitimar el activismo judicial y los elementos de reiteración de su ratio de tutela.	119
6.1. Teoría del neoconstitucionalismo:	120
6.2. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano.....	124
6.3. El desarrollo teórico en la actividad judicial de la Corte Constitucional.	129
7. Elementos de reiteración de la <i>ratio decidendi</i> en sentencias de tutela de la Corte Constitucional de Colombia.	132
7.1. Supremacía Constitucional.....	135
7.2. Principio de igualdad.....	137
7.3. Principio de seguridad jurídica	139
7.4. Desarrollo de preceptos axiológicos de la Constitución.	140
CONCLUSIÓN.....	144
BIBLIOGRAFÍA.....	147

AGRADECIMIENTO.

A Dios por dotarnos de sabiduría, a nuestros ancestros por el legado de resistencia, gracias indiscutible a nuestras madres por el apoyo incondicional, a las amistades cercana por la voz de aliento y a todos aquellos mentores por avivar nuestro espíritu investigativo.

ABREVIATURAS.

1. Constitución Política de 1991.....C. Pol.
2. Corte Constitucional de Colombia.....C. C.
3. Corte Suprema de Justicia.....C. S. J.
4. Código Civil de Alemania de 1900..... B. G. B.
5. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.....N. C. L.
6. Sentencia de control de Constitucionalidad..... Sentencia C.
7. Sentencia de revisión de Tutela Sentencia T.
8. Sentencia de unificación de revisión TutelaSentencia S.U.

LISTA DE TABLAS

Tabla 1.....	86
Tabla 2.....	87
Tabla 3.....	129

CAPITULO I. SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO EN COLOMBIA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y TEORICA.

Introducción al capítulo:

“El conocimiento de un ordenamiento jurídico (y también un sector particular de este ordenamiento) parte siempre de la enumeración de las fuentes.” (Bobbio, 1987, pág. 158)

El primer capítulo, tiene como objetivo describir de forma consciente la evolución histórica y teórica del sistema de fuentes del derecho en Colombia. No obstante, se debe señalar que en esta investigación se guía bajo el contexto más amplio a la concepción fuente del derecho, descrita por Bobbio (1987) como: “los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas” (pág. 158). Es decir, que se parte de determinar la representación histórica, normativa y teórica en la que se crea, interpreta y aplica el derecho en los Estados organizados, especialmente en el contexto colombiano.

Sin embargo, se precisa que las fuentes del derecho son establecidas para la actividad de un órgano en particular; el juez; como advertiremos posteriormente, su función se delimita a las concepciones *iusteóricas*¹ y normativas de la época tratante, ya que su función se encuentra determinada por el conjunto de factores o elementos que “ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en la que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar desde aquellas fuentes que proporcionan al juez una norma jurídica”. (Ross A. , pág. 75)

Las fuentes, en este sentido, se conciben como el itinerario del derecho en los sistemas jurídicos. Guastini, R (2001) refiere que las fuentes del derecho se encuentra inmersa en dos

¹ Esta expresión debe entenderse como derecho teórico (a), en el razonamiento a las posturas teóricas que guardan relación intrínseca con el derecho.

nociones: 1) Material; que refiere a fuente de producción de derecho y 2) Formal; que determina la fuente normativa:

La primera es una noción “material” de fuente, ya que pretende identificar ciertos actos y hechos como fuente del derecho en virtud de su contenido (si son actos) o de su resultado (si son hechos) normativo. (...) La noción material de fuente es conceptualmente dependiente de la noción de derecho (concebido como conjunto de normas) más en particular de la noción de norma concebida como prescripción general y/o abstracta. (...) La segunda es una noción “formal” de fuente, ya que pretende identificar ciertos actos (y hechos) como fuente del derecho con total independencia de su contenido (o resultado) (...) la noción formal de fuente reenvía a las normas sobre la producción jurídica propias de los diversos ordenamientos. (págs. 99-100)

En otras palabras, fuente material son todos los actos y hechos que, de hecho, producen normas jurídicas. En cambio, la fuente formal son todo acto o hecho no ya efectivamente productivo de normas, sino autorizado a producir normas, cualquiera que sea su contenido (si es un acto) o su resultado (si es un hecho). (Guastini, 2001, págs. 101-108)

Ahora bien, como pretende demostrar en el trascurso de este capítulo, el ordenamiento jurídico colombiano (actual); el sistema de fuentes del derecho adquiere un contenido formal, gracias a su raigambre genealógico de la tradición jurídica y el desarrollo histórico y iusteorico; el cual conciben al derecho como un conjunto de normas de contenido general y abstracto, creada por un órgano competente (constituyente y/o legislador) (Kelsen H. , 1993) que determina el contenido dogmático y orgánico del derecho en el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, se pretende contextualizar el sistemas de fuentes del derecho, partiendo de un análisis general de la historia, teorías y elemento jurídicos de las fuentes del derecho, hasta confluir en la particularidad del análisis, que resulta ser, nada más que el contexto histórico y normativo Colombiano.

1. Generalidades: Contexto Histórico y Jurídico.

1.1. Tradición jurídica y el sistema de fuentes del derecho

Para la contextualización histórica y iusteorico del sistema de fuentes del derecho en Colombia, es necesario, *per se*, describir los distintos sistemas jurídicos imperantes establecidos en el mundo, con la intención última de determinar las instituciones, procedimientos, actos y hechos jurídicos que tiene como finalidad la creación de normas jurídicas en un Estado determinado. Lo anteriormente enunciado, implica la necesidad de describir el sistema de fuentes del derecho atendiendo a la consulta genealógica estructural y teórica de las tradiciones jurídicas, igualmente designada como familias jurídica (David R. C.-S., 2010); en lo que respecta al funcionamiento de sus órganos, instituciones y componentes sociales encargados de la creación, aplicación e interpretación de las reglas de derecho en los Estados.

Ahora bien, antes de empezar el estudio de este apartado, surge la necesidad de diferenciar los conceptos de fuentes del derecho y las tradiciones jurídicas. En el entendido, que el primero se concibe como un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas que desencadenan en las técnicas de creación e interpretación del derecho, es decir, la fuentes del derecho constituyen la fundamentación del ordenamiento jurídico (Ross A. , 2007, págs. 25-30), en cambio, la tradición jurídica es la forma en que tradicionalmente se han agrupado “las diversas familias de derechos existentes en el mundo contemporáneo” (David R. C.-S., 2010, pág. 12).

Dentro de este orden de ideas, resulta claro considerar que los sistemas de fuentes del derecho, son en realidad un conjunto de normas jurídicas, las cuales dependen intrínsecamente de los principios, valores e instituciones desarrolladas históricamente por las tradiciones jurídicas. De acuerdo con lo expuesto por Iregui Parra (2014) citando a Henry Merryman (1980), nos describe que las tradiciones jurídicas son:

1. Una historia, una tradición común; en cuanto a la formación y características que debe tener la norma jurídica, evolución histórica de las normas.
2. Una filosofía, una concepción

de los valores comunes; rectores de una determinada comunidad y 3. Un orden de prelación de las fuentes del derecho (Iregui Parra, 2014, pág. 15).

De igual sentido, Henry Merryman & Pérez Perdomo (2015) en su obra *La tradición jurídica romano-canónica*. Exponen que la tradición jurídica se distingue de las fuentes del derecho; en cuanto que nos es un conjunto de normas jurídicas, sino más bien:

Un conjunto de actitudes profundamente arraigado, históricamente condicionado, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. (pág. 14)

En lo que respecta a las tradiciones jurídicas, estas se enmarcan en la historia, cultura y la finalidad del sistema jurídico Estatal. Sin embargo, las tradiciones no yacen como elemento recíproco general entre los Estados, ya que estas son el resultado a un desarrollo histórico y teórico que corresponde a su formación y organización política, económica, social y jurídica. Pero este supuesto no es óbice, para establecer la coexistencia de un paralelismo dentro de la diversidad de Estados (sistemas jurídicos); en cuya relación se sitúen Estados con diferentes sistemas jurídicos, pero que necesaria y sustancialmente se identifican con rasgos comunes –no iguales– que comparten con otros Estados, “pero si tienen en cuenta su base filosófica y la concepción de la justicia”. (René, 1953, pág. 215)

Este fenómeno pluralístico de sistemas jurídicos ocasiono en el siglo XX, la necesidad de que los jurisconsultos comparativistas de Europa, incurrieran en la obligación doctrinaria de organizar las tradiciones jurídicas de derecho existentes en el mundo; para de esta manera facilitar los estudios del derecho comparado (David R. C.-S., 2010, págs. 1-3). En consecuencia, la antedicha investigación comprobó que cada Estado tiene su propio sistema jurídico y su propio modo de razonar sobre el papel del derecho, sus fuentes y los elementos significativos en la creación, interpretación y aplicación del mismo. Como resultado, se logró clasificar cinco grandes

tradiciones o familias jurídicas² como: i) *Romano-Germánico o Continental*: esta tradición jurídica se sitúa en Europa continental y en Iberoamérica por herencia hispano, portuguesa y de gran parte de África, y en cierto países del Cercano Oriente, Japón e Indonesia; ii) *Anglosajón o “common law”*: esta tradición jurídica tiene su génesis en Inglaterra y se extendió mediante la colonización a Estados Unidos, Australia, Irlanda y Nueva Zelanda); iii) *socialista*: se interpone en los Estados denominados comunistas como Rusia, Venezuela, China y Cuba; iv) *religioso*: esta tradición jurídica se enmarca dentro de las diferentes iglesias o confesiones religiosas, y en cuanto a las realidades sociales que requieren de un derecho propio, se puede agrupar dentro de esta familia al derecho canónico, derecho del islam, derecho judío, etc.; y v) *sistemas jurídico híbrido y mixtos*: estos Estados se describen como la forma de conciliación de dos o más tradiciones o familias jurídicas que se ven influenciada por su sistema jurídico e historia, por ejemplo de Louisiana, Escocia y Quebec, entre otros muchos. (González Martín, 2010, págs. 45-53)

En lo que se refiere a la tradiciones jurídicas, esta investigación toma como punto de referencia histórico y *iusteorico*; la familia jurídica Romano-Germánica o Continental dominante en la mayor parte de Europa occidental y América Latina –incluyendo a Colombia-. Esa expansión “obedeció en parte a la colonización y en parte a que la recepción fue facilitada por la técnica jurídica de la codificación, técnica generalmente adoptada por los sistemas de derecho romanistas en el siglo XIX”. (David R. C.-S., 2010, pág. 21)

Los sistemas jurídicos que se organizan a partir de esta tradición jurídica romano germánica, se caracteriza por tener un “derecho eminentemente legislado, un derecho codificado” (González Martín, 2010, pág. 44), los cuales siguen rigurosamente la categorización de “las fuentes clásicas del derecho la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios básicos del derecho” Iregui Parra (2014, pág. 20) citando a Metro. (2012)

Ahora bien, Esta tradición jurídica se ha constituido en el eje central de la organización jurídica de mayor influencia en el mundo (Henry Merryman & Pérez Perdomo, 2015), En el tenor que Colombia se sitúa en el contexto histórico y jurídico de esta tradición (Romano-Germánica o Continental), resulta pertinente y conducente; por el fin último de la investigación, establecer la

² Se debe precisar que para fines pertinentes de la investigación, se racionaran en el acápite cinco tradiciones jurídicas más importantes, pero no es óbice para no consultar los aludidos estudios que relacionan la existencia de otras como la Nórdica e Islámica. Por consiguiente se invita a consultar los escritos de (González Martín, 2010) (Zárate Humberto, Martínez García, & Ríos Ruiz, 1997) (Latorre, 1985)

edificación y los fundamentación iusteoricos desarrollado por esta tradición jurídica, y su correlativa forma concebir los sistema de fuentes del derecho de los Estados europeos y latinoamericanos, con especial énfasis en el sistema jurídico colombiano.

1.1.1. Tradición jurídica Romano-Germánica.

Dentro de las primeras familias de derecho que se pueden identificar en el mundo contemporáneo, se encuentra la tradición jurídica Romano-Germánica o igualmente designada como *civil law*. Esta familia goza la fama de poseer una tradición jurídica muy antigua, principalmente, porque deriva de forma directa³ del viejo derecho romano. Sin embargo, “no se trata de una simple réplica ya que muchos de sus elementos provienen de fuentes ajenas al sistema de derecho romano”. (David R. C.-S., 2010, pág. 21)

La tradición jurídica romano-germánica (en adelante *civil law*); emprende su desarrollo primariamente con los trasplantes *iusteoricos* del derecho romano, compilado y codificado bajo las institutas del emperador Bizantino Justiniano (527-565); la compilación de Justiniano recibe por apelativo doctrinario de *Corpus iuris Civilis*. Esta compilación estaba formada por 4 obras, a saber: *Codex repetitae praelectionis*, la *Digesta sive pandectae*, las *Institutas* y las *Novellas constitutiones* (Machicado, 2007). En virtud de ello, la compilación del Corpus Iuris Civilis fue “declarada por una doctrina mayoritaria como el hito más importante de la historia de la familia jurídica romano-germánica e incluso el hito más sobresaliente de la historia jurídica del mundo”. (González Martín, 2010, pág. 40)

En lo que respecta al *Corpus Iuris Civilis*, este no se limitó al derecho civil de los ciudadanos romanos (*status civitatis*), igualmente se circunscribió a la organización política y económica del imperio romano. La obra de Justiniano (*Corpus Iuris Civilis*) trato de abolir el derecho anterior; que se encontraba constituido por un alto número de comentarios y tratados escritos por los jurisconsultos de la época. De acuerdo con Alejandro Guzmán (2000) en su obra *Historia de la*

³ No se desconoce los avances teóricos, filosóficos y jurídicos del derecho romano antes del emperador Bizantino Justiniano, ya que, estos constituyen la base del pensamiento y la génesis del derecho romano tal como la conocemos. Pero pertinencia contextual solo nos referimos del Corpus iuris Civilis de Justiniano por ser el referente obligatorio de la historia del derecho romano. Pasa estudiar más de la historia del derecho romano consultar a (Kunkel, 1985) (Iglesias, 2010) (Koschaker, 1955).

Codificación Civil en Iberoamérica. El autor refiere que el derecho de la época, se hallaba fraccionada en dos fuentes formales de contenido:

Las *leges*, esto es, la legislación imperial, constituida por una variada tipología de actos normativos (principalmente *rescripta, decreta, mandata, epistulae, en la época clásica; leges generales* en la postclásica), que genéricamente recibían el nombre de *constitutiones principum*. Por otro lado, los *iura*, es decir, los libros de derecho escritos por los juristas de la época clásica y transmitida hasta la de Justiniano, y los formados en época postclásica con materiales de libros clásicos y atribuidos su autoría a los juristas de esta última época (énfasis dentro del texto original). (pág. 12)

Se debe agregar que el *Corpus iuris Civilis* de Justiniano, estableció la obligación para con los juristas romanos, acudieran permanentemente a los *edicta* o *leges*, es decir, a las normas de contenido general y abstracto dictadas por el emperador para dirimir cuestiones jurídicas. (Campillo Pardo, 2016). En efecto, parafraseando a Espitia Garzón (2006, pág. 306), todos los jueces en este sistema jurídico estaban bajo la misma jurisdicción, que es ley, no solo para la causa que fue proferida, sino además para todas las análogas, estableciendo la autoridad máxima al emperador, quien es el único idóneo para resolver los enigmas de las leyes, y para aclararlos a todos.

Cabe considerar, por otra parte, que solo después de la caída del imperio romano en occidente, el *Corpus iuris Civilis* cayó en desuso y perdió dinamismo. A causa de que los invasores del imperio romano; “aplicaron versiones del derecho civil romano más rudimentarias, menos refinadas, también, durante esta conquista trajeron consigo sus propias costumbres legales germánicas, las que se aplicaban a ellos mismos pero no a los pueblos conquistados” (Henry Merryman & Pérez Perdomo, 2015, págs. 18-19). Conforme a estas invasiones, empleamos las palabras de David, R., Castañeda (2010, págs. 25-26). Quien nos describe que los pueblos romanizados durante la invasión, se dividieron ellos en una parte y los bárbaros por otra; convivieron aplicando cada cual la ley que les era propia. Como rasgo común prevalecieron las costumbre territoriales sobre las demás y se terminó por eliminar el principio primitivo de personalidad de las leyes. Esto ocasionó, que la compilación de Justiniano (*Corpus iuris Civilis*)

fuera modificada y reemplazada, en realidad, por un derecho vulgar, un derecho más simplificado aplicado por los jueces (Fuentes Campo, 2000).

En lo que respecta al derecho vulgar o barbarizado, “no es sino un derecho romano degenerado y simplificado por interpretaciones erradas e influencia provinciales” Campos (2000, pág. 778), citando a Mitteis (1891). El derecho romano “vulgarizado”, se vio influenciado por el cristianismo y los derechos de los distintos pueblos germánicos asentados en los territorios del imperio romano; en particular, se debe tener en cuenta que su estructura es una simplificación y compilación del *Corpus iuris Civilis*, el cual se encuentra afectado por las técnicas y necesidades prácticas de la sociedad local (David R. C.-S., 2010). Se debe agregar que el derecho romano vulgarizado fue concebido como “algo vivo, nacido de las propias necesidades de la vida, superando los rígidos marcos de la legalidad y plasmarse en formas espontaneas carentes de tecnicismo jurídico”. (Montanos Ferrín, 1991, pág. 339)

En la opinión de Fuentes Campos (2000), refiere que el derecho romano vulgarizado:

Más que ser una degeneración son una evolución del derecho romano y del estilo de vivir en sociedad que se adopta frente a la cambiante realidad en la que se encuentra inmerso, sin desconocer que el derecho vulgar, como una forma jurídica más simple y menos doctoral. (pág. 779)

Es importante subrayar, que el derecho vulgarizado se basa en la costumbre específicamente territoriales (David R. C.-S., 2010), la cual atribuye fuerza vinculante a las decisiones judiciales basadas en las costumbres locales. No obstante, es preciso resaltar que este derecho local sentó las bases de un derecho consuetudinario en que solo restaría establecer, que el derecho romano tuvo gran influencia en Europa, pero solo a través de las cosmovisiones locales (costumbre) y el desarrollo regional; este pierde características primigenias (formales), para sentar bases de la tradición jurídica Anglosajona (las cuales haremos breve referencia en otro apartado).

Posteriormente, durante el renacimiento del imperio Bizantino o Bizancio⁴ de oriente; las prácticas legales sobrevivieron el resurgimiento del interés por el *Corpus iuris Civilis*, al dar como resultado la estimulación de grandes publicaciones como la *Basílica*. Sin embargo, proporcionadas las condiciones que anteceden a la época del renacimiento de los siglos XV y XVI, el distintivo más importante de este período transcurrió en Bolonia. Específicamente, tras la fundación de la primera Universidad europea moderna, donde el derecho romano de Justiniano el *Corpus iuris Civilis*, era uno de los temas de estudio más importantes en la escuela de humanidades, fundamentalmente la de Derecho, donde se enseñaba igualmente el derecho Canónico. (Henry Merryman & Pérez Perdomo, 2015, págs. 19-20)

La Universidad de Bolonia, como referente académico incentivó la difusión del pensamiento *iusteorico* en Europa, en cuya consecuencia, se establecieron las circunstancias propicias para el surgimiento de los “glosadores (siglos XI a XIII), y de sus sucesores que llamamos comentaristas (siglos XIII a XV)” (Guzmán, 2000, pág. 15). Estos juristas crearon literatura considerable, que por sí misma, se convirtió en objeto de estudio y discusión, y llegaron a tener gran autoridad en el derecho europeo. La influencia ideológica y académica de los glosadores y comentaristas del derecho romano -específicamente el *Corpus iuris Civilis*- establecieron las bases filosóficas y teóricas de un derecho común para Europa; al que posteriormente se denominaría *ius commune* (siglos XII a XV), el cual se puede afirmar que su influencia se mantiene hasta la codificación. (de Castro-Camero, 2010, pág. 673)

El derecho común europeo, se construye a partir de los trasplantes *iusteoricos* del derecho común romano y canónico (legislación eclesiástica y la doctrina Canonista). Según lo expone Fernández Barreiro (2004, pág. 316). En el *ius commune* concurre el predominio de la escritura frente a la oralidad de los procesos germánicos y por otra parte, la función judicial suele vincularse a las formas de los actos procesales y la materia probatoria, se encuentra también sometida a la regulación legal.

El *ius commune* por su carácter doctrinal y su dimensión transnacional, recurre al referente constructivo de la normatividad contenida en el *Corpus iuris civil*, detentando la forma y técnica de interpretación elaboradas por los juristas. Aun cuando se arroga un carácter derivado y

⁴ Para el renacimiento del imperio romano, mirar a Vasiliev Vasiliev, A. A. (1946). Historia del Imperio bizantino. Iberia-Joaquín Gil y Ostrogorsky (1984). Historia del Estado bizantino (Vol. 55). Ediciones Akal.

destinado a facilitar la función de los jueces, mediante los criterios normativos, los cuales, recurrirían para la fundamentación jurídica de sus sentencias.

Siendo así las cosas, resulta claro comprender que el derecho común, “contribuyó a mantener la primacía de la doctrina científica y después la legislación, la estructura de los ordenamientos jurídicos”. Cavanna (1979) citado por (Fernández Barreiro, pág. 319). Es decir, el *ius commune* se basó en una concepción formal del derecho, donde debe primar la norma general y abstracta (ley), para determinar la estructura de la interpretación y fundamentación de las decisiones judiciales.

Para el siglo XVIII, esta tradición “empieza a reconocer la omnipotencia del soberano y de atribuir la calidad de leyes a los mandatos que emanaban únicamente de la voluntad de ese soberano (Iregui Parra, 2014, pág. 18). Es decir, se empieza a reconocer a la ley como la única fuente del derecho que debía ser emanada exclusivamente por el Estado. En efecto, bajo la influencia de estas ideas, “los países del continente europeo se orientan hacia la nueva fórmula de codificación y no a la compilación”. (David R. , 1953, pág. 46)

En conclusión, la tradición jurídica Romano-Germánica o *civil law*; se desarrolló a través de la evolución histórica y teórica del derecho romano, germánico y canónico, y gran elocución del periodo ilustración, ya que se utilizó en gran parte de los territorios de Europa y en aquellos colonizados durante su expansión. En este derecho como se hizo referencia, suele asociarse como premisa axiomática, la expresión máxima de la voluntad general (emperador o legislador), los cuales concluyen en la elaboración de normas generales y abstractas. Es decir, se suele caracterizar a esta tradición a su postulado principal, que es la ley, como única fuente creadora de derecho en oposición a otras fuentes subsidiarias de creación, interpretación, y aplicación del derecho como son la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

En el orden de las ideas anteriores, no sobra advertir que el desarrollo del *civil law*, no ha finalizado, ya que este se estimuló gracias a las creaciones de instituciones jurídicas como la codificación –con gran influjo en la codificación civil europea y latinoamericana-, encargada de establecer las normas generales y abstractas -antes relacionada-, en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados denominados códigos, los cuales limitarían el ámbito de interpretación de la normativa vigente (Henry Merryman & Pérez Perdomo, 2015, pág. 86). Por consiguiente, es imperioso para el estudio del sistema fuentes del derecho en Colombia, examinar la dinámica

iusteórica y normativa, introducida en el desarrollo de la influencia del *civil law* en la codificación civil europea y latinoamericana, especialmente el ámbito histórico y *iusteórico* Colombiano.

1.2. Las iusteorías francesa y alemana del siglo XIX y XX: teorías positivistas y la codificación civil.

Las teorías europeas del derecho civil del siglo XIX y XX, nos permite determinar la existencia de un clasicismo jurídico (Lopez Medina, 2013), profundamente subscrito al derecho positivo. De tal forma que se hayan incorporadas en el dos trasplantes⁵ decimonónicos: *exegesis francesa y conceptualismo alemán*". Esto trasplantes constituyen una amalgamada teoría local clásica en el sistema de fuentes del derecho, debido a los problemas que presentaban los jueces, litigantes y tratadistas la aplicación e interpretación de la nuevas codificaciones civiles emergentes y la relevancia pragmática de las fuentes del derecho en los sistemas de derecho positivo. (López Medina, 2000)

Las dos grandes escuelas teóricas antes descritas, atiende a un modelo de derecho positivo que inicia la ciencia jurídica moderna del mundo; la escuela de la exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos alemana. Estas teorías del derecho tienen en común denominador la pertenencia casi simbólica a lo que podría nombrar como "formalismo jurídico". Según lo expuesto por Daniel, J. A. P. L. Y., & Lagier, G. (2012):

la Escuela de la Exégesis dio lugar al "formalismo legal", que identifica al Derecho con las leyes generales de origen estatal y la Jurisprudencia de Conceptos dio lugar al "formalismo conceptual", que reduce el Derecho a una serie de conceptos y "formas" que no darían cuenta de la singularidad histórica o contenidos de cada Derecho. (Daniel, pág. 22)

⁵ No se relaciona a la Jurisprudencia Analítica inglesa, toda vez que esta atiende al formalismo jurisprudencial estudiado y acentuado en la tradición jurídica anglosajona o *common law*. Para profundizar sobre esta escuela consultar a Alfageme, Á. C. (1915). *La jurisprudencia analítica de la escuela inglesa*. y Atria, F. (1992). John Austin y la tradición positivista anglosajona. Derecho y Humanidades, (2).

En este fragmento se aprecian, dos concepciones teóricas e interpretativas sobre el derecho estrictamente formalistas. López Medina (2013, págs. 171-180) refiere que ambas teorías son inmensamente importantes en la comprensión local del derecho, debido a que la escuela exegética se concibe una teoría embozada en el *formalismo de las reglas*, es decir, que se suscribe en la interpretación textualista, marginalmente amplia por análisis de la voluntad del legislador. En cambio, la jurisprudencia conceptual se establece como un *formalismo basado en los principios*, ya que se determina por la utilización en derecho con base a la hermenéutica filológica e historicista disponible en las ciencias humanas europeas del siglo XIX.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, las teorías en relación, fijan los lineamientos interpretativos, normativos y axiológicos de la codificación, haciendo énfasis- en los modelos incorporados en el código civil francés (1804) y el alemán de 1900 (BGB). Estas técnicas interpretativas legalistas y conceptual, influyen en la teoría general del derecho europeo y latinoamericano, debido a que su importancia “central se alcanza en medio de los nuevos problemas que presentan la enseñanza del recién trasplantados códigos civiles y los igualmente noveles problemas de aplicación e interpretación del mismo que desde entonces tuvieron que afrontar litigantes, jueces y tratadista.” (Lopez Medina, 2013, pág. 131). De esta forma, se estableció una concepción clásica en las fuentes del derecho, cuya característica se distingue como una teoría positivista moderadamente formalista. Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto, el siguiente apartado atenderá al análisis de cada una de estas teorías del derecho, en relación a su recepción, incorporación, evolución y las críticas que se logran precisar, las cuales servirán de quia para la contextualización en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.2.1. Escuela de la Exegesis francesa (École de l'Exegèse)

La expresión de Escuela de la Exégesis también designada como *École de l'Exegèse* ha sido empleada para designar la obra de los comentaristas del Código Napoleón entre los años 1804 y 1904, en referencia, tanto al método de interpretación como al respeto frente al texto (Bernal, 2017). Si bien, la expresión exegesis se utilizó ampliamente en el área del derecho civil francés del siglo XIX, la concepción de una escuela de la exegesis solo comenzó a partir del siglo XX. Sin

embargo, la Escuela de la Exégesis Francesa tiene tres fases de acuerdo a Boncasse (1944): que comprende la fundación (1804-1830), apogeo (1830-1880) y decadencia (1880-1900). (San Vicente Parada, 2016, pág. 439)

En Francia, la revolución (1789) y el Código Napoleónico (1804) se clasificaron como los instrumentos para reformar la sociedad antigua, sobre todo la abolición de las clases anteriormente privilegiadas (Coing, 1982, pág. 247) y también estimulación de la armonización del derecho, a través de la codificación, con ideales propios de la modernidad y del liberalismo ilustrado, tales como: los de soberanía estatal, igualdad jurídica, separación de poderes, o seguridad jurídica. (Daniel, 2012, pág. 27)

El *École de la 'Exegèse* se consagró por el culto a la ley soberana, la búsqueda de “la intención del legislador o el espíritu de la ley al momento de interpretar el código, la defensa acérrima del estatismo-legicentrismo y el uso constante del argumento de autoridad al referirse a la ley” (Botero, 2017, pág. 623). Esto advierte que la exégesis se compone de “gran diversidad de temperamentos, formación, procedencia social, ideologías políticas o religiosas, e incluso de métodos de trabajo, ya que unos se inclinan realmente por el comentario de los textos, y otros eligen el camino de la obra sistemática”. (Moisset de Espanés, 1992, pág. 85)

La escuela de la Exégesis supuso una nueva forma de estudio y enseñanza del Derecho en las facultades de Francia, pero solo a partir de los trabajos doctrinales centrales de Françoise Geny (1898) y Julien Boncasse (1919) se incentivó en el derecho civil francés del siglo XIX y a comienzos del siglo XX. La *exegesis* es un derecho civil fuertemente marcado por el desarrollo de las ideas de continuidad, neutralidad y científicidad. Como resultado de lo anterior, se estimuló la literatura jurídica, especialmente la relacionada con los comentarios al Código Civil (1804); los cuales apelaban a una naturaleza estrictamente literalista o textualista en los preceptos axiológicos del código civil. En vista de este suceso, la literatura jurídica próspera exponencialmente; causando el nacimiento de una nueva generación de comentarista del derecho civil francés.

Según lo establecido en el escrito de Daniel, J. A. P. L. Y., & Lagier, G. (2012, págs. 23-24). Los juristas de esta escuela se encontraban bajo un modelo interpretativo exegético, el cual debía limitarse a estudiar el código, teniendo la conciencia que más allá de él no existe derecho, su labor se limitaría a describirlo y deducir de él las normas implícitas, pero sin rebasar el marco del

derecho legislado. Su tarea a *grosso modo*, es la de ajustar el derecho a la realidad cambiante, pues se supone que el derecho nacido de la codificación es un logro de la civilización y ha alcanzado la categoría de obra perfecta, inmutable, histórica. En síntesis, el Código Civil y la exegesis se convertirían en una obra para todos los tiempos futuros.

Para la exegesis, su relación con las fuentes del derecho estaba supeditada a otorgar un lugar primigenio a la ley, pues no había alguna otra fuente equiparable a la ley –debido a que esta es la voluntad del legislador–, en consecuencia, se niega valor y fuerza a la costumbre y la jurisprudencia, es decir, bajo este modelo positivista existe un culto al texto de la ley, sustituido por el culto al derecho. Esta situación la resumió Bugnet al expresar su célebre frase: “no conozco el derecho civil, solo enseño el código napoleón” Martínez, D. (2000, pág. 387), citando a Bonnacase (1944, págs. 141-144). Sin embargo, el derecho –en esta escuela exegética– adquiere un carácter predominantemente estatal, esto supone que las leyes naturales, la moral, las costumbres y, en general, todas las normas cuyo origen no se encuentra en el Estado, sólo obligan si son recogidas por el derecho del Estado (Daniel, 2012, pág. 31), en otras palabras, se aduce que las normas jurídicas solo son válidas, si son reconocidas por el legislador, esto es mediante la codificación.

En lo que respecta a la interpretación de la ley, este debía realizarse únicamente con los artículos del código, por ello, se exigía ceñirse al tenor literal del texto (método gramatical). Esto permitía que los juristas e intérpretes del código no cambiaran su sentido, en vista que la interpretación:

Debe dirigirse exclusivamente a buscar la intención del legislador; los juristas no deben modificar el sentido que el legislador quiso darle a la ley, aduciendo, por ejemplo, que deben adecuarla a determinados fines. Sólo el legislador puede emitir normas jurídicas; si los jueces interpretaran las leyes al margen de la intención del legislador, estarían realizando una interpretación creadora y, por tanto, usurpando sus funciones. (Daniel, 2012, pág. 31)

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la interpretación al Código Civil francés ocasionó dificultades interpretativas y aplicativas a la hora de adaptarse a la realidad social,

política y económica cambiante, por tal razón, se confirió un predominio a la analogía como método de resolución a los vacíos e insuficiencia de la ley; evitando que fuera usurpada la supremacía de la ley mediante la excusa de utilizar otras fuentes de derecho (costumbre, jurisprudencia y doctrina), para resolver las posibles lagunas o vacíos jurídicos que se presenten. (Lopez Medina, 2013)

En resumen, según lo expuesto por Botero A. (2017, págs. 616-617). La escuela exegética tendría cuatro efectos políticos y su influencia con el derecho se suscribiría a: *i*) El Estado como representante generalmente de los intereses de las mayorías, los cuales serían controlados por los derechos que el mismo Estado entrega mediante normas generales y abstractas; *ii*) Se prescinde, paulatinamente, de la necesidad doctrinal de una justificación *iusnaturalista* de los derechos, en la medida que es la misma norma positiva (código) es instaurada por una mayoría racional (legislador); *iii*) Se instaura un control de la administración y del propio juez, para garantizar la sumisión de aquellos a la norma soberana fruto de la voluntad general y por ende comprometerlos con la realización del ideario político del Estado; y *iv*) Se estructura una dualidad Estado-sociedad, donde el primero, a partir de lo jurídico, desea formar al segundo, en pos de valores como el patriarcado, la familia y la propiedad privada, entre los más importantes.

A manera de colofón, la escuela de la exegesis según su propia doctrina, se describe como un método interpretación y aplicación perfecto, toda vez, que el derecho se considera “dotado de hermosura” y puro en la medida en que resuelve sus problemas y/o limitantes sin necesidad de recurrir a factores externos (esto son las fuentes auxiliares de derecho: costumbre y jurisprudencia) ya que este se auto integra (Bernal, 2017). Es decir, esta escuela jurídica se encuentra descrita como “un movimiento estrictamente formalista de comentaristas del código más cercanos (a) a una docencia universitaria reproductora y glosadora de la ley, (b) el ejercicio profesional y (c) la judicatura, que a la ciencia jurídica”. (Botero, 2017, pág. 624)

Para concluir, se debe establecer que la escuela exegética en la práctica no es perfecta –como cualquier modelo interpretativo- pues “la exegesis ha sido entendida principalmente como una subteoría de interpretación de la ley (pero no del derecho)” (Lopez Medina, 2013, pág. 155), en la medida que esta presupone la solución a todos los problemas que se le presenta, aun admitiendo que el derecho se encuentra en constante evolución y necesidad de adaptación a la realidades institucional, económica, política y social. Puesto que, niega la legitimidad de las fuentes de

derecho (costumbre, jurisprudencia y doctrina), para la adaptación del derecho a la realidad tratante. Por otra parte, la labor interpretativa exegética (restrictiva) dada a los juristas, ocasiono la limitación –gramatical- de describir el derecho, sin alterar la sistemática del código y sin elaborar conceptos, estableciendo la ciencia del derecho como una tarea superficial, sin excesiva relevancia práctica, puesto que se niega el papel crítico o reformador del jurista teórico. (Daniel, 2012, pág. 33)

Francois Gény en 1889 en su escrito denominado *el método de interpretación y las fuentes en el derecho privado positivo*; proporciono una nueva noción a la exegesis, ya que esta peca de formalismo, debido a que no es posible conocer la voluntad del legislador, en consecuencia, para Gény el intérprete solo posee la noción de una voluntad presunta y el análisis de los precedentes históricos (San Vicente Parada, 2016, pág. 445). Esta crítica al fetichismo de la ley, determino que el formalismo gramatical a la ley no soluciona todo, de ahí que las fuentes del derecho especialmente relacionada con el poder y la facultad del juez, y su jurisprudencia juegan un papel esencial en el desarrollo del derecho –principalmente la ciencia jurídica- ya que, este alude a la razón y a las realidades institucionales, sociales, políticas y económicas (Gény, 2000). En otras palabras, se estableció un nuevo pensamiento en acérrimo rechazo contra ciertos postulados de la exegesis, lo que ocasionó el nacimiento de un nuevo pensamiento antiformalista que se relacionara en otro apartado.

1.2.2. Jurisprudencia conceptual alemana. (*begriffsjurisprudenz*).

La expresión jurisprudencia de conceptos suele vincularse a la escuela histórica del derecho⁶, así como a la dogmática Pandectística decimonónica⁷ del siglo XIX, las cuales atienden al periodo de codificación Alemana de 1900. Existe la obligación de indicar que el Código Civil alemán

⁶ Esta escuela encuentra su referente académico en los postulados de Von Savigny. sugerimos como referente de esta escuela la obras de Von Savigny, F. K. (1994). La Escuela Histórica del derecho: Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica. In *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 22-31). Crítica.

⁷ Es una doctrina europea específicamente alemana del siglo XIX, la cual versaba sobre el derecho romano y los métodos de la dogmática jurídica alemana. Proponemos que consulte a Barceló, R. R. (2011). A vueltas con el legado decimonónico: notas sobre la actual historiografía crítica del derecho romano. *e-SLegal History Review*, (11), 3., Barceló, R. R. (2012). Consuelo ¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística. *Revista de Estudios Históricos-Juridicos*, (34), 511., y Hespanha, A. M. (2002). Código y complejidad. *Cappellini, P. e Sordi, B.(a cura di), Codici. Una riflessione di fine millennio, Milán, Giuffré*, 149.

(BGB) buscó apartarse de la tradición jurídica romana ya desarrollada en el Código francés, especialmente la naciente escuela exegetica. Sin embargo, por la trascendencia de las instituciones jurídicas del derecho romano. Los autores alemanes plasman en su codificación los fundamentos del derecho romano, pero incorporando técnicas jurídicas de la dogmática alemana. (Flores Avalos, 2006, pág. 219)

El principal exponente de esta escuela F. C. Von Savigny, quien incentivo la recepción del derecho romano en Alemania, estableciendo el comienzo de la Escuela histórica en el siglo XIX. Esta Escuela adopto una metodología preferentemente histórica, como sucede con Savigny y al tiempo que otros jurisconsultos se inclinaron por una de tipo sistemático (Garrido Martín, 2017, pág. 213) como es el caso de su discípulo Georg Friedrich Puchta, quien desarrolla un importante trabajo de sistematización del *Corpus Iuris civil* de Justiniano con conceptos de derecho romano. De acuerdo con Hernández Gil “Puchta aparecen unidos el culto al derecho romano y a la lógica, y el resultado es el siguiente: erigir en dogmas universales los conceptos arrancados del derecho romano”. (Hernández Gil, 1945, pág. 130)

La sistematización de Georg Friedrich Puchta incentivó la clasificación de los conceptos generales y un procedimiento “pirámide de conceptos” (*Begriffspyramid*), en clara alusión a una jurisprudencia que opera según un sistema puro de conceptos lógicos (Garrido Martín, 2017, pág. 214), apareciendo de este modo la escuela de jurisprudencia conceptual alemana. A la postre autores como Heidenberg Karl Adolf von Vangerbow, Heinrich Dernburg, Arndts y Bernhard Windscheid incentivaron la difusión de este pensamiento. (Lopez Medina, 2013, págs. 170-188)

Ahora bien, la jurisprudencia conceptual alemana se encuentra representada bajo un modelo de sistematización, el cual guarda la premisa máxima de establecer que “no hay enigmas en el derecho civil, todo está resuelto en el derecho por los conceptos” (Nino, 1974, pág. 26). Los preceptos axiológicos descritos por esta escuela, señalan que el derecho es perfecto siempre y cuando se utilice la sistematización y la lógica para describirlo. Desde la posición de Flores Avalos (2006):

Los conceptos jurídicos elaborados con técnica jurídica conforman un sistema pleno, en donde no hay lagunas, ni ambigüedades, esto se debe a la ordenación sistemática de los

conceptos, conforme al grado de prioridad marcado por su mayor o menor generalidad, así, tenemos conceptos generales, de los cuales se derivan por simple deducción lógica conceptos particulares. (págs. 221-222)

Lo anterior induce que los conceptos generales son la parte superior de la pirámide, la cúspide, mientras los particulares se encuentran en la base de dicha pirámide. (Larenz, 1980, pág. 41). Para esta teoría, este sistema presupone la coherencia del derecho, ya que no dejan lugar a dudas, no hay ausencias dentro de la ley, porque los conceptos son un todo integrado y sistematizado. (Flores Avalos, 2006, pág. 222). Sin embargo, se debe advertir que la noción de ley en esta escuela debía atender a un carácter legitimador científico o teórico, es decir, que para su elaboración (función legisladora) de los conceptos; son los teóricos o los estudiosos del derecho, los encargados de su producción atendiendo a la formulación de un concepto jurídico lógicamente ideal.

Por otra parte, la jurisprudencia de conceptos alemana estimuló la utilización de un lenguaje jurídico y común compuesto por reglas ortográficas y sintaxis relacionadas con el derecho. Pero el rasgo más característico – y de interés en la investigación-, resulta ser el papel otorgado al juez en este sistema, puesto que, este solo sirve para aplicar el derecho mecánicamente como si se tratase de una operación matemática; debido a que -según reza la naturaleza de esta doctrina- este modelo es perfecto, y no hay lugar para laguna o vacíos jurídicos en la interpretación y/o aplicación de derecho, toda vez, que sus conceptos son creados de tal manera, que estos, en su aplicación o inaplicación desde el inicio se ha fijado en el sentido para su estudio en los casos concretos. (Flores Avalos, 2006, págs. 226-227)

En conclusión, la jurisprudencia conceptual alemana confirió al derecho un carácter lógico-formal, el cual, está determinado por los conceptos particulares o abstractos que derivan de conceptos superiores o generales, de tal suerte que todo queda armonizado en virtud de conexiones lógicas que dibujan la forma de una pirámide de conceptos, hasta llegar al último o primer concepto, contenedor del resto. (Garrido Martín, 2017, págs. 228-229)

El Código Civil alemán (BGB) por otra parte, obtuvo un papel fundamental en la integración de los conceptos generales y particulares (abstractos) ordenados conforme a la “lógica que permitiría a los jueces aplicar el derecho en todos los casos que se les presentarán haciendo una

simple abstracción, y no había la necesidad de interpretar o recurrir a otra fuente que no fuera la ley codificada.” (Flores Avalos, 2006, pág. 226); pero como “toda” teoría del derecho, la jurisprudencia conceptual alemana (*begriffsjurisprudenz*), no ha sido ajena a comentario y fuertes críticas, sobre todo en las técnicas de creación, interpretación y aplicación del derecho, por esto motivo, es pertinente indicar a estas críticas, según lo describe Flores Avalo. (2006, págs. 227-231)

i) La dogmatización del derecho: ya que esta teoría no podía crear ni aplicarse el derecho solo con el sentido de las normas jurídicas, de tal manera; se acusa a la imposibilidad de complementar las lagunas o vicios jurídicos existentes a través de la aplicación mecánica de concepto, sin tener en cuenta la realidad cambiante que es el objeto del derecho; *ii) Elaboración abstracta de conceptos por teóricos:* en lo que respecta esta escuela, depone la realidad en el proceso de elaboración de conceptos, debido a su asiduidad a la sistematización y la lógica como elementos creadores de normas jurídicas, presupone mayor valor creador y vinculante a los conceptos abstractos establecidos por los teóricos del derecho; *iii) Excesiva técnica:* el formalismo jurídico establecido por esta escuela, fija derecho como una operación metodológica de la lógica y la matemática, siendo así que peca de excesivo, pues no se puede regular el derecho –especialmente la vida- por operaciones deductivas; y *iv) La función del juez:* determina que la función judicial en este sistema, se encuentra limitado a la mera aplicación mecánica de conceptos, desconociendo la función del juez como integrador del derecho.

1.2.3. Codificación Civil.

Con el nacimiento del pensamiento contemporáneo, la institución de la codificación civil se instituyó como un instrumento admirable y reformador, en vista que sentó las bases para que la familia de derecho Romano-Germánico se unificara y sirviera de modelo para la legislación civil de otros países. (David R. C.-S., 2010, pág. 44). Este proceso de la misma manera incentivó “la consolidación escrita y el afianzamiento de las posiciones jurídicas respecto a la arbitrariedad estatal y las innovaciones judiciales, por lo cual constituye una condición en primer rango en nuestra concepción actual de justicia”. (Kaufman, 1992, pág. 270)

Si bien, el código tuvo como objetivo ser la única fuente de derecho creada por los legisladores, es decir, como la forma de expresión máxima de la voluntad general; determinada bajo los preceptos de leyes generales y abstractas. Esto concluye con toda naturalidad, que la ley merecía un altísimo nivel de deferencia política y moral en la codificación civil de los Estados (Lopez Medina, 2013, pág. 160). Por lo que se refiere a las disposiciones legales en la codificación, esta se consideró como su mayor referente axiológico, el cual trato de limitar la creación e interpretación del derecho, sobre todo, el dinamismo creacionista de las fuentes de derecho auxiliares o complementarias como son la costumbre, jurisprudencia y doctrina.

La codificación se estructuró bajo un sistema estrictamente formalista, en el cual, las normas de contenido general y abstracto (Código) dictadas por el legislador adquieren el carácter único de fuente omnipotente creador de derecho. Lo dicho hasta aquí supone, que el derecho positivo –por su afinidad axiológica- apelaba a la codificación como herramienta para instituir sus bases jurídicas y teóricas, sobre todo la concepción del derecho estrictamente legalista que debía ser extendido a ciertas partes Europa y latinoamérica.

La codificación correspondió a “la Escuela Exegética, cuyas premisas principales pueden resumirse en dos: la interpretación que de la ley debía hacer el juez, basada en el apego irrestricto al texto normativo y el culto exacerbado que le rendían a ella”. (Ramos, 2014, págs. 154-155). Desde luego, esta institución tomó como referente cardinal al Código Civil francés⁸ (*código napoleónico*) promulgado el 21 de marzo de 1804. El código napoleónico prescribió “la total derogación del derecho romano, de las ordenanzas reales, de las costumbres y de cualquier otra fuente normativa. De este modo, “se trata del primer código europeo que, a favor de la ley, arrasó las tradicionales fuentes del derecho”. (Ferrante, 2013, págs. 30-31)

El respectivo Código Civil francés se concibió como el primer referente de conciencia formalista en la codificación Occidental y cuyo prestigio permitió la transformación en un modelo para nuevos códigos durante todo el siglo XIX y XX. Ahora bien, antes de la Revolución francesa no existía en toda Europa esa forma de derecho que confería a los códigos una verdadera

⁸ No sobre advertir que este no es el “inicio” de la codificación civil propiamente dicha, ya que se trata de un desarrollo teórico y políticos que procuro de la fijación de un nuevo derecho, que se distancia del anterior, para determinar la pérdida de vigencia de todas las legislaciones anteriores. Por ejemplo, dentro de este desarrollo se pueden citar como ejemplo a: el Codex Maximilianeus Bavarii Civilis (1756), el corpus iuris fridericianus (1750), codex thesianus de Austria (1766) y el código de Prusia (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten) de 1794.

autoridad normativa como ley constituyente de derecho. Esto ocasionó, posteriormente que la revolución francesa se estableciera un pensamiento utópico, el cual trato de volver innecesarios a los abogados; pues “Se deseaba un sistema legal que fuese simple, no técnico y claro; un sistema donde pudiera evitarse el profesionalismo y la tendencia hacia el tecnicismo y la complicación de la que suele acusarse a los abogados”. (Henry Merryman & Pérez Perdomo, 2015, pág. 38). De esta manera, el código se establecería bajo un postulado claro y simple, en donde, el ciudadano pudiese consultar sus principios y por mera deducción lógica y literal, adquirir conocimiento sobre sus derechos y/o obligaciones para poder resolver los casos, solo aplicando la ley vigente; sin necesidad de apelar a los abogados o jueces para resolver sus litigios. Ya que, el código propiamente dicho- provee todas la herramientas necesarias para resolver cualquier caso que se le presente. (Henry Merryman & Pérez Perdomo, 2015, págs. 38-39)

Por otra parte, la función del juez en la codificación civil se limitó servir de mero aplicador de la ley, circunscribiendo su discrecionalidad judicial solo al tenor del texto legal. De esta manera, el sistema formalista fomentó el temor al denominado gobierno de los jueces (Guerra, 1997), considerando que el poder “legislativo” de los jueces estuviese disfrazado bajo la excusa de interpretación a la ley: de que por sí, sólo el legislador podía elaborar leyes, y los jueces sólo podían interpretarlas, de tal manera que la legislación en el Estado se orientara en su forma más completa, coherente y clara. (Ross A. , 2007)

En consecuencia, la codificación civil bajo sus postulados deontológico y axiológico busco regular las relaciones sociales en un cuerpo normativo ideal, con el propósito de que el legislador contara con un conjunto único de normas que le permitiera desde su mera lectura identificar sus reglas principales, y la técnica de interpretación con el fin de su aplicación. Como resultado, la norma producto de la codificación cuenta con la capacidad para resolver el caso previsto en la regla de derecho, ya que estas legitiman “materialmente la decisión jurídica, sin necesidad de forzar a que la fundamentación de esta se tenga que reconducir a los principios para decidir, los cuales a su vez constituyen el fundamento de la norma codificada”. (Kaufman, 1992, pág. 271)

Para la doctrina jurídica, la codificación civil debió ser entendida como sinónimo del imperio de la ley, puesto que en él se encuentra inmersa, en una ideología racionalista que concibe al derecho en sí mismo al código; como un conjunto de normas jurídicas sin lagunas o zonas de penumbra. En efecto, durante el siglo XIX e inicios del XX, los postulados axiológicos inmersos

en la institución codificatoria provocaron gran interés en Europa y Latinoamérica. De tal manera, que su influencia derivada de los postulados formalistas prevalecieron en la codificación de los Estados de: *i*) Austria (código civil de 1811); *ii*) Italia (código civil de 1865); *iii*) Portugal (código civil de 1867); *iv*) España (Código civil de 1889); *v*) Alemania (código civil BGB de 1900); y *vi*) suiza (código civil ZBG de 1907), por mencionar algunos. (Guzmán, 2000, págs. 71-84)

Estos postulados tuvieron gran atribución del Código Civil francés en sus principios axiomáticos elementales. Aun así, el desarrollo de la codificación no se suscribió a Europa, - incluso se extendió a ciertas partes de Asia y África- del mismo modo, lo hizo con gran influencia en el nuevo derecho emergente de América Latina -circunscribiendo a ciertas colonias del territorio francés de norte América: Luisiana y Quebec. No obstante, no sobre advertir la influencia de la codificación francesa principia en Latinoamérica, gracias a los códigos civiles de: Oaxaca (publicado por partes entre 1827 y 1829), Bolivia (1831), Costa Rica (1841), República Dominicana (1845) y Chile (1855) (Guzmán, 2000, págs. 131-146). Este último logra ser catalogado como el más influyente e importante de las codificaciones civiles del nuevo continente, ya que, el título inicial de este código “contiene 6 secciones que desarrollan el concepto, promulgación, los efectos, la interpretación, el entendimiento y la derogación de la ley. El derecho es aquí entendido como la ley, la cual es percibida como una declaración de la voluntad soberana” (García Villegas, 2005, págs. 58-59) o sea que este código, consagra la primacía del imperio de la ley, entendida como la expresión máxima de los preceptos soberanos que sólo puede ser interpretada por el legislador en el sistema de fuentes del derecho.

En conclusión, la obra codificadora y su ideología posee una importancia para la comprensión de la tradición jurídica *Civil Law*, especialmente su incidencia en el derecho civil de Europa y Latinoamérica. Pero hay que tener en cuenta, que en el contexto jurídico y teórico de los Estados Latinoamericano –en principio Colombia- la recepción, transformación e incorporación de la codificación civil fue un proceso eminentemente constructivista a base teórica y compilatoria a base de trasplantes de teorías trasnacionales de los códigos napoleónico, español y en definitiva, el código chileno, los cuales evolucionaron en la codificación del naciente Estado colombiano.

1.3. Sistema de fuentes del derecho en Colombia.

En lo que se refiere a este apartado, se atenderá a la descripción evolutiva de los trasplantes normativos y teóricos de la codificación civil, y las disposiciones axiológicas del sistemas de fuentes del derecho en el actual Estado colombiano. No obstante, se debe advertir que el contexto en que se enmarca la descripción; este principia a partir de un análisis conciso del derecho indiano producto de la colonización española en Latinoamérica. Posteriormente, se relacionará la evolución histórica, teórica y normativa de la codificación civil colombiana, con la intención última de determinar la influencia del pensamiento revolucionario acontecido en el continente latinoamericano. Y por último, se plantea un estudio del Código Civil de Colombia en relación a los postulados axiológicos y teóricos del sistema de fuentes del derecho de Colombia.

1.3.1. El derecho Indiano.

En consonancia las exposiciones anteriores, no sobra indicar que los tenores históricos, normativos y teóricos en la formación del Estado colombiano, principia a partir del siglo XVI como resultado de la colonización española en Latinoamérica. Ya que, esta trajo consigo un fenómeno histórico y jurídico denominado la hispanización, el cual deriva de “la extracción de recursos materiales y humanos pero también, una implantación y desarrollo de la cultura histórico-económica-jurídica hispánica que se consolidó como mestizaje” (Gil, 1994, pág. 213). Este fenómeno se estructuró e intensificó, gracias al derecho incorporado característicamente por las Siete Partidas, la Nueva Recopilación de Castilla, la Novísima Recopilación, Leyes de Toro y Ordenamiento de Alcalá (Gil, 1994), las cuales establecerían la regulación, económica, política, social y jurídica de los territorios americanos y filipinos de ultramar de la Monarquía Hispánica.

Inicialmente, a las colonias españolas se le aplicaba el derecho producido en castilla (previamente citado), pero el derecho originado en castilla no era suficiente para regular las relaciones de las colonias. En consecuencia, Felipe III estableció que “solo tendrían vigor aquellas normas formuladas de manera específica para los territorios coloniales. Así creo la recopilación de las indias de 1680 y el inicio de un orden legal específico en las américa española” (García

Villegas, 2005, pág. 55). Pero este derecho desarrollado en las colonias, muchas veces se fundaba en base a las fuentes locales (costumbre y equidad), hasta tal punto que se convirtió en un derecho indiano criollo, debido a que “la sociedad colonial estaba fundada en una concepción orgánica y católica, en la cual poca cabida tenía las nociones de individuo o de derecho” (García Villegas, 2005, pág. 56).

Tal como se observa, el derecho indiano estuvo caracterizado por las circunstancias específicas de las colonias, las cuales hacían dificultosa la reglamentación económica, política, social y jurídica. Fundamentalmente, porque el derecho indiano contaba con grandes dificultades para comprender el contexto social de las colonias y por otra parte, se basaba en un sistema completamente autoritario, ya que estaba instituido bajo la premisa de la superioridad española y la religión Católica, en contra de las concepciones individuales y colectivas *Iusnaturalista* de las colonias. Sin embargo, estos acaecimientos fueron constituyendo una conciencia de rechazo por parte de las colonias hacía las instituciones, normas y del pueblo colono; desencadenado a la postre en el siglo XIX la independencia de las naciones del Sur y Centroamérica.

1.3.2. La Codificación civil en Colombia.

En ese mismo sentido, la independencia de las colonias americanas acarreó los postulados de emancipación de los contenidos políticos, económicos, sociales e institucionales de las colonias españolas y el surgimiento de una nueva nación. No obstante, este Derecho Indiano no fue olvidado por las nuevas naciones, sino que pasó a formar parte de la legislación (Fernández Rozas, 2005, pág. 169) debido a que, estas naciones no contaban con órganos, instituciones y normas propias que les permitieran prescindir del derecho incorporado después de la hispanización. En su momento, reclamaron a este derecho como propio para edificar una nueva identidad nacional.

Por supuesto que este fenómeno, provoco en las naciones -ya independizadas- la expedición gradual de normas que no reemplazaron de manera instantánea el derecho indiano, sino que, lo hicieron de manera progresiva. Por esta razón, gran parte de este derecho estuvo en vigor durante buena parte del siglo XIX, hasta que “paulatinamente se fueron adoptando las disposiciones que

en definitiva lo derogaron totalmente. Este proceso debe estudiarse analizando, por un lado, la perduración del antiguo sistema y, por el otro, el derecho que lo reemplazó”. (García, 1991, pág. 291)

Partiendo de los anteriores supuestos, la organización del actual Estado colombiano principia en el año 1810 (periodo neogranadino), tras la Constitución del Estado Libre e Independiente del Socorro (15 de agosto 1810) por tanto, se sancionaron las primeras normas que modificaron el derecho indiano vigente. Posteriormente, la Constitución Política de Cundinamarca de 1811, instituyó el nacimiento de las provincias unidas de la nueva granada, caracterizada por la división territorial del país a través de provincias, la creación de una Asamblea Constituyente y del Congreso en Santa Fe.

Ulteriormente en el año de 1819 las Repúblicas de Venezuela, la Nueva Granada y Quito⁹ se reunieron en el Congreso de Angostura, para desarrollar una ley fundamental para la construcción de la República de Colombia o igualmente designada históricamente como Gran Colombia. A posteriori, en Cúcuta, concurre el congreso elegido en Angostura para consolidar la independencia de la Nación y a su vez expedir la Constitución Política de 1821, el cual dispuso en su artículo 188: *se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere el Congreso* (subrayado fuera del texto original).

Esta disposición normativa, otorgo primacía a la nueva legislación venidera y a su vez suscribió a la antigua legislación indiana a un carácter complementario de la misma. Este precepto se consolidó a través del artículo 1 de la Ley de Procedimiento Civil de 1825. Según lo enunciado por los autores Champeau, E. & Uribe, A. J (1899) y Bravo Lira (1986). Esta norma estableció el orden de prelación de las fuentes de derecho en la Gran Colombia¹⁰ preponderando la normatividad local sobre la hispánica.

⁹ Esta unión no fue perpetua, ya que la discrepancia en las ideas federalistas y centralistas en la organización estatal disolvieron la unión entre los gobiernos de Venezuela y Quito (Ecuador).

¹⁰ En este sentido, se alude que la prelación de las fuentes del derecho en los tribunales civiles y criminales de la nueva granada; se otorga la prelación a: 1° las normas decretadas que en lo sucesivo se decreta por el poder el poder legislativo; 2° las pragmáticas, cédulas y ordenes, decretos y ordenanza del Gobierno español sancionada hasta el 18 de marzo de 1805 que estaban en observancia bajo el mismo gobierno en el territorio que forma la república; 3° las leyes de la recopilación de castilla, y 5° las siete partidas. (García, 1991)

Para el año de 1843 se creó una nueva Constitución Política para la República de Nueva Granada, durante su vigencia se expidió la Ley de 4 de mayo de 1843. Esta norma ordenó al poder ejecutivo formar y publicar una recopilación de todas las leyes y decretos expedidos por la República, aunque, solo dos años después se logró ese cometido con la ayuda de la Recopilación Granadina (1845). Esta recopilación incorporó las leyes y decretos expedidos entre los años 1821 a 1844 y del mismo modo, otorgó a la ley la república (continuando la línea legislativa) un carácter prevalente en el sistema de fuentes del derecho de la época. Consecutivamente en el año 1858, el congreso expidió una nueva Constitución Política (Confederación Granadina) bajo su normatividad se creó el 29 de junio la ley orgánica del poder judicial de la Confederación, la cual instituyó, “el orden en que debían observarse las leyes en asuntos atribuidos por la Constitución a la competencia del gobierno general” (García, 1991, pág. 294). Tal disposición, estableció en su artículo 49 el orden en que deben observarse las leyes en asuntos judiciales de la competencia de la confederación granadina.

De igual modo, estos preceptos legislativo se consolidaron posteriormente con la Ley 19 del 30 de abril de 1864 (Ley orgánica del poder judicial de la Unión) y Ley 42 de 16 de mayo de 1865 (normas expedidas en vigencia de la Constitución de Rio Negro). Sin embargo, fue el Código Judicial de la Unión (Ley 57 de 1872), el que consolidó en su artículo 1941 el orden presentado desde la Constitución de 1821 hasta la Constitución Política de 1863; las cuales ideaban que el sistema de fuentes de derecho de Colombia, se debía otorgar prevalencia a las leyes en la República, acentuando el precepto de que cada Constitución y cada periodo histórico; la ley local del Estado predominaba hasta confluir en el antiguo derecho Indiano. En otras palabras, todo lo anteriormente expresado nos induce a entender que el sistema de fuentes del derecho desde la Junta de Gobierno (1810) hasta la Constitución de los Estados Unidos de Colombia (1863), continuamente ha buscado una identidad normativa propia, otorgando un papel primario a la ley en disconformidad con el antiguo derecho Indiano.

Ahora bien, esta contextualización histórica, nos permite describir la perduración del antiguo sistema de fuentes derecho en la conformación del Estado colombiano. No obstante, después de la conformación y organización de la República de la Nueva Granada (1853-1858), la Confederación Granadina (1858-1863) y los Estados Unidos de Colombia (1863-1886) no solo se fortaleció el sistema de fuentes del derecho, igualmente se fueron creando los Estados de: Antioquia, Boyacá,

Bolívar, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander, Tolima; los cuales contaban con facultad para crear sus propias Constituciones y adoptar códigos en atención de sus necesidades locales. En ese sentido, “cada Estado fue expidiendo su propio Código Civil¹¹, como también lo hizo luego la Unión, respecto de los territorios administrados por ella” (Hinestrosa, 2006, pág. 7). Sin embargo, la lucha por una codificación propia, incitó la investigación de otros modelos codificatorios en el mundo. De tal manera, que el modelo Civil de la República de Chile de 1855 (Código de Bello), recibió tal favoritismo, en razón de su estructura y contenido teórico y normativo y a su vez, era bastante influenciado por el del Código Napoleón de 1804. Fue tal la aceptación de este código, que se adoptó como ley del Estado el 12 de Octubre de 1858. Paralelamente a este acontecimiento, los Estados de Cauca (1859), Panamá (1860), Bolívar (1862), Boyacá (1863), Antioquia (1864) y Magdalena (1866); adoptaron sus códigos civiles, en razón al contenido del Código Civil de Chile y otros códigos como el Cundinamarca (1857) y Santander (1858) lo adoptaron prácticamente en su integridad. (García Villegas, 2005)

Tal como se observa, la organización y estructura de los Estados Unidos de Colombia existía una gran diversidad de Códigos Civiles, producto del ahínco codificadorio de las instituciones legales de cada Estado, ya que, debido a la Constitución Federal de 1863, estos cuentan con la facultad para regular su propia vida institucional. Esto advierte, con toda seguridad, que el proceso de Codificación Civil de la época no existía uniformidad en los contenidos normativos de los códigos, debido a que estos debían atender a las necesidades sociales, económicas y políticas de la localidad Estatal. No obstante, posteriormente abolida la Constitución Federal del año 1863, se configura un nuevo modelo de Estado, mediante la Constitución Política del año 1886 (República de Colombia) el cual, abolió el sistema federalista y creó un sistema Estado Unitario, impulsado por un sólo centro político y a su vez consolidó la división del poder en tres ramas (legislativa, ejecutiva y judicial). Igualmente esta nueva Constitución de Estado tenía “un carácter unitario, la soberanía residía en la nación, los Estados pasaban a convertirse en departamentos, y se eliminaba la elección de funcionarios regionales. Así mismo, se establecía que toda legislación tendría carácter nacional”. (Cajas Sarria, 2013, pág. 432)

¹¹ Los modelos que sirvieron como base para la codificación en Colombia, fueron el Código Napoleónico (1804) y el Código Civil de Chile (1855). No obstante no se hace relación a la Código Civil de España, ya que este se consolidó en 1889, por consiguiente la influencia de España en la codificación civil de Colombia debe ser referido al derecho hispánico criollo.

La codificación civil, ya bajo la vigencia de la Constitución Política de 1886, estableció la unificación de los diferentes códigos civiles en un Código Único Nacional, a través de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 57 de 1887. Sin embargo, ese mismo año se adopta la Ley 153, que adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la Ley 57 de 1887 (Champeau, E. & Uribe, A. J., 1899, pág. 6). Esta norma fijó las reglas sobre la validez y aplicación de las leyes en el ordenamiento jurídico colombiano, y a su vez otorgó a la ley una connotación más amplia y única como fuente primaria creadora de derecho, suscribiendo a los principios de derecho natural, jurisprudencia, equidad y doctrina Constitucional a un carácter secundario de la interpretación de la ley (Artículos 4 y 5 Ley 153 de 1887).

La creación del Código Civil y la Ley 153 de 1887 fueron usados para declarar la independencia normativa definitiva frente a España y a su vez consolidó un pensamiento del clasicismo jurídico el cual “no fue visto como una “teoría” del derecho ya que se presentó, desde el inicio, como la manera práctica de aplicar e interpretar el Código Civil” (Lopez Medina, 2013, pág. 133). Este pensamiento clásico provocó que la concepción del derecho adquiriera un contenido formalista y “una dimensión independiente de justicia, equidad o aceptación efectiva, es decir, el derecho es solo norma, nunca un hecho o un valor” (Ramírez, 2013, pág. 47). Incluso sus postulados formalistas establecieron un valor superior a la ley en relación con la norma Constitucional, ya que si “*una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución*” (Art 40 Acto legislativo 3 de 1910). En este sentido, la norma constitucional se concibió como un elemento para la interpretación en caso de que la ley no fuera una disposición determinante, inciertamente oscura o deficiente, ya que sólo así se aplicaría el sentido más conforme de la norma constitucional. Por lo tanto “la ley prevalecía sobre cualquier tipo de norma, incluyendo la propia Constitución.” (Iregui Parra, 2014, pág. 33)

En definitiva, según lo que podemos advertir en esta época, el sistema de fuentes de derecho en Colombia en cierta medida se consolidó de la siguiente manera: *i) la Ley*; esta se consideró la fuente del derecho por excelencia, ya que de esta se predicaba la creación, interpretación y derogación del derecho (Art. 4 y 8 Código Civil); *ii) Costumbre*: fue catalogada como una fuente del derecho; no tiene fuerza contra la ley, pero, sin embargo esta constituiría derecho a falta de legislación positiva (Art. 8 Código Civil y Art 13 Ley 153 del 1887); *iii) jurisprudencia*:

presupone que en ningún caso esta fuente auxiliar tendría fuerza contra la ley, ya que esta solo tiene fuerza en las causas que han sido pronunciadas (Art 17 Código Civil); y *iv) la doctrina y los principios generales del derecho*: estos se admitirían como fuentes auxiliares en caso de vacío o insuficiencia de la ley (Art. 8 y 25 Ley 153 del 1887 y Art 4 Código de Procedimiento Civil).

En conclusión, la concepción formalista del sistema de fuentes del derecho -tal como se ha descrito- causó el rechazo de ciertos sus postulados, debido a que en la práctica el sistema jurídico es mucho más que normas generales y abstractas despojada de la realidad. Según lo expuesto por Ramírez, M. (2013). El derecho bajo esta concepción “se había fosilizado en una forma social ya parcialmente caduca y las crecientes necesidades de legitimación del naciente Estado de bienestar nacional no eran recogidas por la ideología proliberal del clasicismo”. (Ramírez, 2013, pág. 48)

Estos acontecimientos crearon una teoría antiformalista, el cual expresaba en sus postulados un acérrimo rechazo a la concepción formalista del derecho por parte de la doctrina y la jurisprudencia, en su momento el de la Corte Suprema de Justicia de la década de los años 1936 hasta 1939. Es importante advertir al lector que las teorías formalista y antiformalista se abordarán en su momento en otro apartado, aun así, por fines prácticos de la investigación se ofrecerá un breve descripción histórica, normativa y teórica de la disputa acontecida entre ley y la jurisprudencia por el “dominio” de la fuentes de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.3.3. Imperio de la ley vs la fuerza de la jurisprudencia

Durante el desarrollo del ordenamiento jurídico colombiano a finales del siglo XIX, el sistema de fuentes del derecho que tradicionalmente ha dominado en Colombia, “no escapó a la influencia del racionalismo codificador posrevolucionario francés, que erigía a la ley en la principal fuente del derecho y atribuía a la jurisprudencia sólo el carácter de criterio auxiliar” (Pulido, 2008, pág. 82). Sin embargo, esta concepción tradicional clásica, estaba sufriendo una fuerte intimidación por el progreso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (en adelante C.S.J),¹² esto debido en gran medida al desarrollo de la normatividad y *iusteórias* antiformalista en Colombia. Empero,

¹²Antes de la fundación de la Corte Suprema de Justicia, esta alta Corte en la vigencia de la Constitución de 1863 se estructuró como la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia.

este progreso correspondió inicialmente al postulado de la doctrina legal, ya que esta se concebía como una forma de “interpretación de la ley hecha por la Corte Suprema, por lo cual, si los jueces desconocían dicha interpretación doctrinal, la sentencia podía recurrirse en casación”. (Lozada Pimiento, 2018, pág. 1)

Si bien, este postulado se consagró mediante la Ley 61 de 1886 en los artículos 38 y 39, este debate continuó hasta 1896 con la expedición del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 subrogatorio del artículo 10 de la Ley 153 de 1887. Esta norma cambió la noción de doctrina legal por la de *doctrina probable*, en los siguientes términos:

Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarlas en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores. (Énfasis fuera del texto original). (Art. 4, Ley 169 del 1896)

Esta disposición normativa otorgó un valor indicativo a la jurisprudencia de la C.S.J siempre que ella se transformara en doctrina probable. Sin embargo, “si ello ocurría, la doctrina no se volvía precedente obligatorio; para el juez resultaba potestativo utilizarla como criterio indicativo en la producción de una nueva sentencia” (López Medina, 2000, pág. 9). Es decir, que aunque la doctrina probable sea vinculante a los jueces, pues estos a su vez pueden modificarla o no acatarla, pero siempre deben estar sujetos a las disposiciones legales. En resumen, la doctrina probable no era más que un criterio auxiliar y facultativo para la actividad del juez.

A pesar de lo anterior, no se desconoció la importancia de la jurisprudencia en la función de la Corte Suprema de Justicia en el sistema jurídico colombiano, de ahí que el Acto Legislativo 03 de 1910 reformativo de la Constitución Política de 1886; “le confió a la Corte Suprema de Justicia la atribución de juzgar la constitucionalidad de los decretos y las leyes que ante ella demandaran los ciudadanos, estableciendo así la acción pública de inconstitucionalidad” (Cajas Sarria, 2013, pág. 426). Según esta reforma, la C.S.J, ya no sería únicamente un tribunal de casación encargado de unificar el derecho nacional (Tamayo Jaramillo & Jaramillo , 2012, págs. 220-224) del mismo modo, esta Corte adquiriría la responsabilidad de defender “los derechos de los ciudadanos que

ante ella acudieran para hacer valer la supremacía de la Carta Política frente a los abusos del poder legislativo o de la administración, de arbitrar las controversias políticas entre el Legislativo y el Ejecutivo”. (Cajas Sarria, 2013, pág. 457)

Estas facultades atribuidas a la Corte Suprema de Justicia estimularon la investigación sobre el papel que debe jugar la jurisprudencia en el desarrollo del derecho en Colombia. De esta manera, la difusión de la doctrina de los juristas como François Géný, Louis Josserand, Julien Bonnecase y Georges Ripert en la primera mitad del siglo XX, marcaron el punto de partida de una nueva teoría antiformalista en el ordenamiento jurídico colombiano; determinado por la interpretación y aplicación de la libre investigación científica¹³ (*libre recherche scientifique*). (Lopez Medina, 2013, págs. 290-306)

Esta teoría antiformalista se concibió como una crítica al “fetichismo de la ley y la cultura legocéntrica por parte de la nueva sensibilidad, los llevo a buscar una fuente de derecho “viva” con la que fuera posible actualizar el contenido del Código Civil y realizar la libre investigación científica” (Lopez Medina, 2013, pág. 307). Por lo tanto, este nuevo pensamiento ocasiono que la C.S.J cambiara la perspectiva en la forma de concebir a la ley como fuente de derecho, en contraste a las nuevas condiciones materiales, morales y políticas de la realidad social.

Esta producción teórica y jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia trascurrió en los años de 1936 hasta 1939; esta Corte estaba conformada en aquel entonces por “un grupo de egregios juristas, y conocida para la posteridad como la “Corte de Oro”, profirió varias sentencias que introdujeron al sistema jurídico nuevos elementos que no aparecían en las leyes y que provenían sobre todo de la jurisprudencia francesa” (Pulido, 2008, pág. 84). Esta recepción en la jurisprudencia se inició con la selección de nuevos magistrados. De acuerdo con López Medina (2013, págs. 311-318) estos magistrados llamaron el inicio de una nueva época del desarrollo del derecho, remplazando el proemio general que la Gaceta Judicial que había llevado hasta entonces (*summa itaque ope et alacri studio has leges accipite*), en su defecto, optaron el aforismo del jurista Louis Josserand en la Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia del 15 de julio de

¹³ El abanderado de esta teoría en Colombia fue el jurista Eduardo Zuleta Ángel, el líder antiformalista de la Corte Suprema de Justicia de los años 1936 a 1939

1936¹⁴ (tomo XLII), el cual enunciaba la convicción de que el derecho debe ir más allá de las reglas formales y conservarse en contacto con las fuentes de la vida.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia insiste que el papel de la jurisprudencia debe ser concebida como una fuente que podría dar vida al derecho, ya que esta, se mantiene en contacto directo con la realidad y los contextos sociales, económicos, políticos e institucionales del ordenamiento jurídico (labor que no podría ser ejercida a cabalidad por la ley por su carácter general y abstracto). En síntesis, la jurisprudencia tendría como propósito actualizar los postulados del Código Civil y defender la Constitución Política. Por este motivo, el valor normativo y teórico implícito en la jurisprudencia tendría que devaluar la antigua concepción de fuente auxiliar de derecho.

La Corte Suprema de Justicia se basó en la posibilidad del estudio cuidadoso de las situaciones fácticas y jurídicas del ordenamiento jurídico colombiano, mediante la utilización de principios y reglas jurídicas; en cuya consecuencia, denotaron que “la actividad judicial debe conducir necesariamente a la formulación de aquellas reglas latentes o implícitas en el sistema social efectivamente en vigor y a la interpretación de las reglas sugeridas por el desenvolvimiento y complicación de las relaciones sociales” (Tafur Morales, 1938, pág. XII). En pocas palabras, la jurisprudencia de esta Corte critico la rigidez de la ley escrita (fetichismo a la ley), por limitar la conciencia práctica del jurista y de la comunidad. (Bernal Pulido, 2008)

Sin embargo, los abanderados del formalismo jurídico defendieron la positivización del derecho, en el entendido que los elementos introducidos en el sistema jurídico por la jurisprudencia de la Corte; no se considera controlante –por su forma cambiante- para los casos objeto de litigio, ya que solo el código o la ley lograría otorgar la garantía de controlar a las reglas incorporadas en la jurisprudencia. Desde la posición de López Medina (2013):

El legocentrismo circulaba de manera tan fuerte en la cultura jurídica local que incluso los juristas de la nueva sensibilidad sentían la necesidad de positivizar el código civil a las nuevas doctrinas que habían aparecido por primera vez en la Constitución o en la

¹⁴ La corte cita a Louis Josserand en francés: c'est le droit vivant que l'on veut connaître, non un droit mort, ou conventionnel, o imaginative, varian au gre de aucun (Josserand, 1930)

jurisprudencia civil. El cambio jurídico, si realmente había de ocurrir, tenía que manifestarse en derecho legislado. (pág. 331)

Lo anterior significa que el formalismo jurídico quería recobrar su antiguo y pétreo estatus en el sistema de fuentes del derecho, esto estableciendo a la ley como la única fuente capaz de otorgar estabilidad al ordenamiento jurídico, principalmente cuando gran parte de los jueces, litigantes y doctrinarios (sin desconocer los avances de la jurisprudencia civil en el desarrollo del derecho en los años 1936 hasta 1939) demandaban que este nuevo derecho creado por la Corte Suprema de Justicia debía ser positivizado para garantizar igualdad y seguridad jurídica.

Cabe considerar, por otra parte que el elemento de mayor trascendencia en la consolidación del formalismo jurídico en Colombia, lo podemos encontrar durante la época de los años 1940, cuando el trasplante *iusteórico* de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en el ordenamiento jurídico colombiano, consolidó el ideario de la norma positivista como la única e incuestionable fuente de derecho. Según lo expresado por Kelsen (1993):

Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico. (pág. 205)

En otras palabras, para Kelsen no hay otra norma que la positiva (Godoy, 1995, pág. 110), ya que la norma jurídica (positiva) tiene dos características que le otorgan un sello propio: validez y eficacia. Como lo hace notar Vera Lara. (2000, págs. 35-37); la validez de la norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia o el origen. Ya que esta norma positiva existe cuando es válida y para que exista es necesario que haya sido creada por un acto positivo. Por el contrario, la eficacia de una norma, es, pues una condición de su validez.

Estos postulados sobre el derecho positivo, reforzaron la vieja tradición clásica formalista que concibe a la ley como una fuente omnipotente creadora de derecho, fundada bajo el presupuesto

que esta es creada, y denota validez y eficacia, solo por ser un acto positivo de un órgano competente (legislador o constituyente. Para Kelsen, máximo exponente del positivismo jurídico, el juez debe entender su labor solo como la ley. Sin embargo, según lo afirmado por Torres Ávila (2011):

La vinculación del juez a la ley en el positivismo, no resuelve los problemas de las valoraciones del juez con respecto a la ley, sólo pretende de cierta forma ignorarlas, enviándolas al terreno de lo subjetivo, algo que no tiene incidencia en el sistema jurídico. (pág. 28)

Lo anteriormente enunciado, establece que el juez no debe estar vinculado al derecho, sino a la ley, lo cual significa, que el funcionario judicial posee un marco estrictamente legalista que le permite construir sus decisiones judiciales. No cabe duda, que el formalismo jurídico pretende “utilizar en mayor medida la ley escrita en la fundamentación de las sentencias, toda vez que la argumentación en la decisión judicial podrá ser menos exigente, ya que la ley le irradia necesariamente una buena dosis de legitimidad” (Torres Ávila, 2011, pág. 38).

En conclusión, el desarrollo histórico, normativo y teórico acontecido en Colombia durante el siglo XIX hasta finales del siglo XX, atiende a un “origen iusprivatista que correspondía al Estado de derecho clásico liberal que tenía como principio fundamental la supremacía de la ley como expresión de la voluntad general” (Monroy Cabra, 2007, pág. 74), el cual otorgó a la jurisprudencia un papel “relativamente” más importante como fuente del derecho, aunque esta solo adquirió en el ordenamiento jurídico un carácter complementario o auxiliar de las disposiciones legales, debido a que la jurisprudencia se estableció como objeto el estudio e interpretación del derecho positivo que no es más que “el derecho simple y estrictamente así llamado, esto es, el derecho impuesto por los superiores políticos a sus súbditos”. (Austin, 2003, pág. 33)

1.3.4. Fuentes del derecho en Colombia: Constitución Política de 1991

Antes de entrar en las consideraciones de este apartado, no sobra advertir que la Constitución Política de 1991 presentó un nuevo catálogo de derechos fundamentales y la creación de un tribunal constitucional encargado de salvaguardar la supremacía y prevalencia de los derechos, principios y valores constitucionales (art. 241 C. Pol), además de integrar la acción de tutela como herramienta constitucional para garantizar la protección a los derechos fundamentales. (Art. 86 C. Pol)

En lo que respecta a las fuentes del derecho, se debe señalar que estas, están inmersas por primera vez en una Carta Política en Colombia, por cuanto solo habían sido desarrolladas por medio de leyes ordinarias, sin embargo estas fuentes del derecho adquirieron reconocimiento constitucional al tenor del artículo 230 de C. Pol. En este artículo constitucional, se estableció que la ley sería la fuente primaria del derecho, y esta a su vez supeditó a los principios generales del derecho, la equidad y la jurisprudencia a criterios meramente auxiliares en la actividad judicial. No obstante, otra institución como la doctrina probable, que era la regla hermenéutica fijada por el ordenamiento jurídico anterior, no desapareció, en la medida que el artículo 4 de la ley 169 de 1896 sigue vigente por virtud de haber sido encontrado ajustado a la nueva Constitución. (Jaimes Jaimes, 2016, págs. 63-64)

La ley al situarse en un plano principal, subrogó a la jurisprudencia un papel secundario en la categorización de las fuentes de derecho en la Constitución Política de 1991; por tanto, en términos generales se redujo a la jurisprudencia a un plano interpretativo en la actividad judicial y por consiguiente, estableció la obligación de los jueces de solo estar sometidos al imperio de la ley, como fuente principal (Lopez Medina, 2006, pág. 26). Sin embargo, este criterio atribuido a la jurisprudencia no fue perpetuo, porque en términos de Jaimes Jaimes (2016):

luego de constantes luchas internas entre reformistas y tradicionalistas que existían al interior de la Corte Constitucional, ese criterio fue modificado con el propósito de unificar la interpretación de la nueva Constitución y para lograr ese objetivo comenzaron por construir su propia doctrina constitucional, entendida ésta como el conjunto de decisiones

producto del ejercicio de la función de control abstracto frente a las disposiciones constitucionales y, por qué no decirlo, del control concreto cuando a través de él, se definía el contenido y alcance de los derechos humanos, cuyo lineamiento se convertía en pauta que unificaba y orientaba la interpretación de la Constitución. (pág. 64)

Ahora bien, se debe advertir que por fines pertinentes a la investigación, el estudio de las fuentes del derecho (ley y jurisprudencia) a partir de la Constitución Política del 1991 y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, se expondrá con mayor detalle en el segundo capítulo. Pero no obstante, en este apartado se relacionará las nuevas concepciones que adquirió las fuentes del derecho en contraste con la función de la Corte Constitucional.

Aun así, tras la incorporación del tribunal constitucional en Colombia y las competencias atribuidos a este en el artículo 241 de la carta fundamental, se tiene que guardan relación con los postulados Kelsianos que refieren, “a los tribunales constitucionales se les debe confiar la función de ser garantes de la Constitución. Defensor de la Constitución, significa en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones” (Kelsen H. , 1995, pág. 27). Esta proposición, en igual sentido es amparado por Monroy Cabra cuando expresa que “Los tribunales constitucionales han sido una institución defensora del régimen constitucional democrático. Garantizan la supremacía e integridad de la Constitución como norma de normas y fuente de fuentes del derecho”. (Monroy Cabra, 2004, pág. 20)

Finalmente, no sobra advertir que el sistema de fuentes del derecho en Colombia es “un tema de actualidad e importancia jurídica, para lo cual se comulga con la tesis que afirma que estamos frente a una reconfiguración de las fuentes del derecho colombiano y que su tradicional organización está en crisis” (García López, 2011, pág. 266). Es decir, que actualmente nuestro sistema jurídico está cruzando por una discrepancia *iusteorica*, sobre el ser y deber ser de las de las fuentes del derecho -especialmente las formales- en el entendido que existen dos variantes teóricas a saber:

La primera; respaldada por la conservación formalista de las fuentes del derecho, pero esta vez, no parte de la ley de forma directa, sino de la Constitución y está a la vez otorga un importante función a la ley, la cual debe delimitar la función judicial a los postulados legalista (artículo 230 C. Pol.) y los principios de seguridad jurídica e igualdad (artículo 13 C. Pol.). Por otra parte, el

segundo; denota una concepción antiformalista que acepta la función creadora de derecho del precedente constitucional –el que haremos relación en otro apartado-, gracias a la determinación de los valores y principios constitucionales, “así como los derechos fundamentales, entendidos como una manera de materializar en la práctica la justicia social” (Iregui Parra, 2014, pág. 50), ya que el derecho no sólo debe atender a las normas generales y abstractas, sino a la realidad jurídica, económica, política y social del ordenamiento jurídico.

De lo anteriormente enunciado, podemos inferir que nuestro ordenamiento jurídico adquiere una concepción antiformalista sobre las fuentes del derecho, y esta además revela una concepción pluralística del mismo, de tal manera, que esta presupone que “la legislación estatal no es la única ni la principal fuente del mundo jurídico, ya que existiendo otros numerosos grupos sociales o sociedades globales, independientes del Estado y capaces de reproducir formas jurídicas. (Llano J. V., 2012, pág. 198). En pocas palabras, podemos resumir que nuestro ordenamiento jurídico adquiere la connotación de un sistema abierto de fuentes del derecho. (Cortés, 2007, págs. 159-186)

2. Teorías formalista y antiformalista en el sistema de fuentes del derecho colombiano.

Para finalizar la contextualización en el sistema de fuentes del derecho en Colombia, resulta pertinente *per se*, realizar un análisis de las dos principales teorías en la que se ha focalizado la actividad teórica y normativa de la ley y la jurisprudencia en el contexto de Colombia. Este apartado tiene como finalidad describir en un plano histórico y sistemático la funcionalidad, contrastes e importancia de estas teorías en la fundamentación de sus preceptos. Es decir, se plantea determinar en un estudio iusteorico *¿si la ley debe ser la fuente principal del derecho?* o *¿si la jurisprudencia debe adquirir una mayor importancia en la fuentes del derecho?*

El estudio de estas teorías servirá para conocer en el ámbito teórico y normativo, la trascendencia de estas fuentes del derecho, cumpliendo así la labor de ser referente orientador en la funcionalidad, alcance e importancia de las mismas.

2.1. Teoría formalista.

El formalismo como teoría del derecho en Colombia, ha sido construida a partir de un proceso *iusteorico* a lo largo de los siglos XIX y XX. Desde el punto de vista de López Medina (2013, págs. 130-132). Este proceso se encuentra caracterizado en principio, por la recepción del trasplante *iusteorico* del código napoleónico y la tecnología formalista de lectura predominante en el siglo XIX francés de la escuela exegética (*École de l'Exegèse*); segundo, por el impacto que tuvo el trasplante metodológico romanista y privatista alemanes del siglo XIX proveniente de la jurisprudencia de conceptos (*begriffsjurisprudenz*); y tercero, la recepción, transformación y asimilación de las más influyente de las teorías positivas europea; la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en el siglo XX.

Si bien es cierto, en la línea metodológica propuesta en la investigación se abordaron las dos primeras teorías: escuela exegética francesa (*École de l'Exegèse*) y la jurisprudencia de conceptos alemana (*begriffsjurisprudenz*); se concluyó que ambas teorías prevalece la concepción de un derecho estrictamente formalista; la escuela exegética nos describe la concepción de un derecho *formalista basado en las reglas jurídicas*, es decir, que se suscribe en la interpretación textualista, marginalmente amplia por análisis de la voluntad del legislador (ley). Por el contrario, la jurisprudencia conceptual establece un concepto de derecho fundamentado en un *formalismo basado en los principios*, como mecanismo de creación de normas jurídicas a través de conceptos; “tomando en cuenta los postulados de la lógica formal, y pretendía crear normas jurídicas perfectas, privilegiando la técnica jurídica, la sistematización y los estudios realizados por los doctos en derecho”. (Flores Avalos, 2006, pág. 231)

Las teorías en relación, se enmarcan en la forma de creación, interpretación y aplicación del Código Civil en el desarrollo de la actividad judicial y progreso dogmático del derecho. A pesar de ello, este derecho formalista de acuerdo con Manuel Atienza (2005) “se caracteriza por la tendencia a la simplificación de las operaciones de aplicación e interpretación del derecho.” (Atienza, pág. 27). Esta concepción clásica formalista, como se ha advertido anteriormente, se consolidó en los “primeros” textos jurídicos romanista, especialmente el *Corpus Iuris Civilis* y la

institución normativa y teórica en la codificación (Código Civil 1804 y BGB 1900). Sin embargo, estas teorías reconocen que la concepción formal positiva del derecho, reconoce confianza a la capacidad del lenguaje en el que está escrita para transmitir reglas que sean claras, completas y coherentes.

Este pensamiento formalista se reafirmó con el fenómeno codificador civil de los siglos XIX, de modo que, fue trasplantado a Latinoamérica. Al ser recibido con mucho ahínco en la codificación civil chilena, debido a que la doctrina local de Andrés Bello “calco de esa obra sus presupuestos teóricos e interpretativos, la sistematización de los tópicos y, finalmente, sus compromisos políticos e ideológicos” (Lopez Medina, 2013, pág. 153). Se podría decir, que este es el linaje del pensamiento clásico formalista del derecho civil Latinoamericano que se mantiene hasta hoy.

En Colombia, como se expresó anteriormente, el formalismo se incorporó en el ordenamiento jurídico, gracias a trasplantes teóricos y normativos del Código Civil de Chile (Código de Bello)¹⁵. El cual desencadenó una conciencia clásica sobre la concepción del derecho exegético y estaticista a finales del siglo XIX, y cuya importancia central se alcanza en medio de los nuevos problemas que presenta la enseñanza del recién trasplantado e incorporado Código Civil de la República de Colombia; en lo que respecta a la interpretación y aplicación del mismo en la actividad judicial y dogmática del derecho (Lopez Medina, 2013).

Ahora bien, el conjunto normativo con el que se constituyó el formalismo jurídico en Colombia, como se ha referido enfáticamente en el transcurso de la investigación, fue el Código Civil, Ley 57 de 1887 y la Ley 153 de 1887. Si bien es cierto, esta conciencia jurídica formalista predominó en gran parte de los operadores jurídicos de la región, esta a su vez, obtuvo fuertes críticas que rechazaban el fetichismo a la ley escrita y codificada; en clara oposición a la tradición exegética francesa, bajo una concepción antiformalista que establecía que “la aplicación del derecho no debe ser un procedimiento puramente mecánico, pero tampoco un mecanismo decisorio sometido a la máxima incertidumbre de las reglas legales”. (Moreno Perez, 2000, pág. LIV)

¹⁵ Se debe puntualizar que este código civil de bello tuvo fuerte incidencia de la conciencia exegetiga y codificatoria del Código Napoleónico 1804 frances, según lo afirmado por Valencia Zea en Derecho Civil (1957, pág. 8)

Esta conciencia antiformalista provocó en la época un nuevo pensamiento sobre el papel del derecho, especialmente la función del juez, es decir, que la actividad judicial debía ser algo más que un mecanismo de mediación entre el sistema positivo y la concreta realidad social de los casos controvertidos, de ahí la proliferación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de los años 1936 hasta 1939 (Corte de Oro) (Bernal Pulido, 2008).

Por supuesto que esta conciencia antiformalista en Colombia, obtuvo una evocación efímera, debido a que perdieron la partida contra el legocentrismo cuando abandonaron su propio terreno e ideología, al aceptar que se requería un cambio jurídico a manera de reforma legal que condujera a “reconocer que los cambios jurisprudenciales y metodológicos ganados hasta entonces, en sede judicial, no significaban mucho por sí solo” (Lopez Medina, 2013, pág. 332). Es decir, que los propulsores del antiformalismo reconocieron –en su momento- que los nuevos elementos normativos por la jurisprudencia de la C.S.J necesitaban el reconocimiento positivo de forma general y abstracta. De ahí, la conciencia clásica formalista prosperó nuevamente con una mayor fuerza *iusteorica*, sobre todo con la incorporación del trasplante de la más importantes de la teorías europeas positivas del siglo XX; la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, aceptada en Colombia, alrededor de la década de los cuarenta y/o cincuenta, donde efectivamente el clasismo jurídico recobro el valor de su fuerza, después del desafío por los antiformalista.

Con la incorporación de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, en el orden jurídico colombiano, influencio no solo a los teóricos del derecho, de igual manera a los juristas de orientación preponderantemente práctica, en el entendido que incorporo un derecho positivista altamente funcional e influyente en la teoría formalista. Sin embargo, esta teoría del derecho encontró tres momentos en la recepción en Colombia. Como lo hace notar López Medina en su obra la teoría impura del derecho. (2013, págs. 350-358):

El primer momento; se encuentra en la *traducción* de la obra al idioma español por parte de los jurisconsultos como Luis Legaz y Lacambre, y Luis Recasens Siches, los cuales trataron que la traducción comprendiera de la forma más fiel posible los temas y argumentos básicos de la teoría pura del derecho.

El segundo momento; lo encontramos en la *recepción* de esta teoría en la conciencia nacional, nuevamente gracias a los escritos de Luis Legaz y Lacambra y Luis Recasens Siches, García

Máynez, Carlos Cossío y L.E Nieto Arteta. Este momento estaba determinado por la elaboración de un análisis propio de la teoría pura del derecho, cuya estrategia consistía en presentar a esta teoría de Kelsen de manera tal, que se ignorara las diferencias cualitativas que existían entre el nuevo derecho positivo Kelsiano y el viejo textualismo exegético francés, es decir, que los juristas presentarían a Kelsen como el autor que trataría de otorgar al antiguo derecho positivo (exegético) un verdadero soporte científico y racional.

El tercer momento; la *desformalización* ofrecería una interpretación crítica a la teoría pura del derecho de Kelsen por los juristas; *L.E Nieto Arteta, Oscar Correas y Carlos Gaviria C.* Esta nueva interpretación de la obra Kelsiana estaba dirigida a reintegrar la verdadera teoría pura del derecho, en clara oposición al proyecto de recepción que confirmaba, esta teoría respaldaba la hegemonía de la tradición jurídica local, debido a que la lectura alternativa dada a la teoría pura del derecho, proporcionó una conciencia anti-tradicionalista, es decir, que esta interpretación es más inflexible y completa, atendiendo a su fundamento transnacional (original), alejándose de las interpretaciones trasmutadas y estrategias dogmáticas de la recepción teórica.

En consecuencia, el trasplante teórico de la teoría pura del derecho de Kelsen fue utilizada para representar el positivismo jurídico clásico, bajo los modelos de sistematicidad y coercitividad de las normas jurídicas. Esto lo hace notar Calvo Garcia (2008) cuando expresa que Kelsen:

Renovó epistemológicamente los fundamentos del positivismo jurídico, pero dejó inalteradas las premisas fundamentales de la Teoría positivista del derecho. La construcción de una teoría normativista-imperativista, general y pura del derecho, basada en la separación del ser y el deber ser, la autonomía de lo jurídico y una teoría de la validez. (pág. 210)

Dentro de este orden de ideas, la teoría pura del derecho de Kelsen, considera que el ordenamiento jurídico “es un sistema escalonado de normas de derecho donde la norma (superior) prescribe el procedimiento mediante el cual se produce la otra norma (inferior), y hasta cierto grado también el contenido de la norma producida” (Carmona Tinoco, 1995, pág. 18). Es decir, que el sistema jurídico presenta características piramidal, donde las normas superiores (norma fundante); determinan el procedimiento de creación y validez de las inferiores, lo que lleva en

realidad, a considerar “las cadenas de validez como cadenas de autoridades: en definitiva, la validez, para Kelsen, es una cuestión de *fiat*¹⁶, no de argumentación –racional” (Atienza, 2005, pág. 31).

Por otra parte, Kelsen nos presenta en su teoría una forma de interpretar y aplicar el derecho, refiriéndose a la distinción entre creación y aplicación, en vista de que los órganos encargados de aplicar e interpretar (jueces), también crean derecho; pero la producción de este derecho no desempeñan prácticamente ningún papel fuera del ámbito de aplicación de los casos concretos. Ya qué, a partir de la diferencia entre “el análisis estático y dinámico del derecho, el lugar “natural” para dar cabida a la argumentación jurídica en la obra de Kelsen tendría que ser la dinámica del derecho y, en particular, la teoría de la interpretación” (Atienza, 2005, pág. 32). En otras palabras, Kelsen diferencia la interpretación auténtica de creación y la interpretación científica del derecho, en el entendió que la primera consiste en un acto de legitimidad formal para crear e interpretar el derecho, en cambio, el segundo; refiere a un acto de argumentación racional judicial puramente cognoscitivo.

El derecho positivo amparado por Kelsen, respalda la supremacía de la constitución en el sistema jurídico, es decir, esta teoría reconoce a la constitución como norma fundante y como tal, esta presupone “el hecho que ya la ley no tiene supremacía sino que esta corresponde a la Constitución ha llevado a que esta última se considere no solo como fuente de derecho sino que delimita el sistema de fuentes” (Monroy Cabra, 2010, pág. 171).

En conclusión, la Teoría Pura del Derecho refuerza el formalismo existente proporcionando una teoría muy acabada y sólida que volvía a legitimar los elementos formalistas, entre los que se encuentran, a juicio de López Medina (2013, págs. 377-378) los siguientes:

- i. *El legocentrismo*: expresa la existencia de un sistema completo de derecho basado exclusivamente en reglas legislativas donde las decisiones judiciales, la costumbre y la doctrina (dogmática) son explicativamente relegados a un sitio secundario.

¹⁶ La expresion refiere a un asentimiento, permiso, autorización, consentimiento, mandato o beneplácito para que algo pueda tener un resultado o efecto alguno. Consultar a <https://definiciona.com/fiat/>

- ii. *Omnicompresividad*: presupone que el sistema jurídico es omnicomprensivo y completo, lo cual establece la premisa que no hay vacío o lagunas en el derecho, debido que este se auto integra con la identificación de reglas positivas.
- iii. *Sistematicidad y coherencia*: admite que el sistema jurídico es coherente, esto quiere decir que no existen antinomias o si las hay estas son resueltas por la aplicación de reglas mecánicas e imparciales que le dan prioridad a una regla en conflicto. Según enfatiza el autor las antinomias en el sistema jurídico son vistas como errores técnicos y no como expresiones del disenso político o hermenéutico.
- iv. *Coercitividad*: es una de la los más importantes postulados de la teoría pura del derecho, debido a que determina que las reglas jurídicas deben ser necesariamente coercibles para ser aceptadas por el sistema jurídico en *Stricto sensu*, es decir que las normas deben contener *per se* una consecuencia jurídica para predicar validez en el sistema jurídico.
- v. *Pureza*: el sistema jurídico es políticamente neutro, es decir, es un derecho alejado de la política, el cual acepta, que el análisis jurídico puede proceder de manera no ideológica y se exige a los operadores jurídicos comportarse con neutralidad. En otras palabras, el juez se convierte en la boca de la ley y como tal solo debe aplicar las reglas jurídicas positivas.
- vi. *Literalidad*: La ley como norma superior –después de la Constitución- trae consigo las normas de segundo nivel (normas inferiores) requeridas para la interpretación del derecho legislado. Esta característica debe entenderse como un método de interpretación y aplicación textualista de la normas escritas.

En este orden de ideas, la teoría del Kelsen describe al sistema jurídico como un cuerpo de derecho conformado por normas jurídicas, es decir, reglas legisladas que establecen derechos y obligaciones que son determinadas de manera concreta y coercible por una norma fundante; que se determinan en primer lugar la norma fundante Constitucional y a la ley como un segmento complementario de la misma en la escala jerárquica. (Kelsen H. , 1993). Sin embargo, el

formalismo jurídico en el cual se encontró adscrito a Kelsen, empezó a sufrir fuertes cambios con la incorporación de nuevos elementos constitucionales y jurisprudenciales provenientes de una nueva carta política, la cual consagraba la constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

Es así que a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, se revela una nueva concepción formalista sobre el derecho. Donde ya no se parte de la ley como norma fundante del sistema jurídico, sino que es la Constitución la que determina las bases dogmáticas y orgánicas del derecho colombiano, tanto en el ámbito nacional como internacional. Esta norma Constitucional, según lo expuesto por López Medina (2013, págs. 410-411). Suministró una inmensa cantidad de nuevos textos, doctrina e instituciones que exigían profundos cambios en la concepción y el análisis de las tradiciones del derecho, en efecto, esta norma determinó que el derecho debía adquirir una connotación constitucional y no legal.

Dentro de este orden de ideas, podremos determinar que la C. Pol estimuló la constitucionalización del derecho, tanto público como privado. Javier Tamayo refiere que “la constitucionalización del derecho consiste en que ninguna norma puede contradecir la Carta Política, ya que esta alumbra la validez de todo el sistema normativo” (Tamayo Jaramillo, 2017). Es decir, que la Constitución política demarca la estructura dogmática, orgánica y axiológica del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

El formalismo jurídico, bajo esta nueva concepción se resguardó en la interpretación textualista del artículo 230 Constitucional, en el entendido que la ley, si bien ocupa un segundo orden jerárquico en el sistema de fuentes de derechos; la Constitución no pretendió desconocer su importancia, siendo así esta norma constitucional defendió el imperio de la ley que debía condicionar la actividad judicial, en la práctica, el formalismo bajo el amparo del precepto constitucional del artículo 230, pretendía limitar la tendencia antiformalista atribuida por naturaleza práctica a la actividad judicial (Lopez Medina, 2006).

Como se ha advertido anteriormente, esta norma constitucional “ideó el sistema de control constitucional hoy predominante en la mayor parte de los estados democráticos del mundo, o sea mediante el establecimiento de un tribunal especializado e independiente de los diferentes órganos del poder público” (Villar Borda, 2009, pág. 47). Dicho de otro modo, la Constitución Política de

1991 avaló la creación de un tribunal –especializado- encargado de la protección Constitucional (Corte Constitucional); confiándole la guarda, la integridad y supremacía de la Carta Política (Art. 4 y 241 C. Pol).

En conclusión, la ley si ocupa una jerarquía principal en el sistema de fuentes del derecho de conformidad con el artículo 230 constitucional, pero esta consagración se encuentra sujeta a la norma constitucional (Art 4 C. Pol) toda vez, que ya no se parte de la ley como máxima norma en el ordenamiento jurídico, sino de la Constitución política; por tanto, este supuesto condiciona a la ley a un lugar sub-principal en el ordenamiento jurídico. No obstante, proporcional a la importancia de la Corte Constitucionales como órgano encargado de la salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución (Art 241 C. Pol), sus providencias denotan un gran presupuesto jurídico en la reformulación de la jerarquía que ostenta la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes, pero hay que advertir que este tema será objeto de estudio en el segundo capítulo.

2.2. Teoría antiformalista.

Esta teoría surge a mediados del siglo XIX en Francia, como crítica al excesivo formalismo de la escuela de la exégesis, que como se aludió en otro apartado, “encamino a reducir el ámbito del derecho a la ley e incluso, más restrictivamente, el derecho civil al Código Napoleón” (Moreno Perez, 2000, pág. XX); es decir que el derecho bajo esta escuela, no era otra cosa que la ley, la cual debía ser interpretada bajo el tenor literal de la misma en consulta a la voluntad del legislador. Si bien, esta teoría antiformalista se formó a partir de la crítica de los postulados tradicionales de la escuela exegética; el cual rechazaba la concepción de que el derecho es sólo la ley. Esto facilitó entender al antiformalistas franceses, que si se aceptaba esta concepción; el derecho se acaba inmovilizándolo, lo condena a la incapacidad y le impide seguir su fin. En vista que para esta teoría, el derecho debe estar en constante adaptación a realidad institucional, política, económica y social.

Siendo las cosas así, resulta claro entender que esta teoría consideraba que la actividad judicial jugaría un papel fundamental en la adaptación del derecho a la nueva realidad tratante. De acuerdo con Moreno Perez (2000, pág. XXV). La aplicación del derecho significa otorgar

vigencia a los pensamientos jurídicos, no solamente subsumir a los derechos en la aplicación de conceptos jurídicos generales y abstractos (ley). De ahí que la fundamentación jurídica de las sentencias no solo debe trascurrir en la aplicación de normas abstractas, sino también la idea de la propia decisión jurídica. Sólo de este modo, la actividad del juez se catalogaría como mediador entre el sistema positivo y la concreta realidad social del caso controvertido.

En síntesis, el antiformalismo ha sido descrita como “una reacción doctrinal al exceso de formalismo y dogmatismo imperantes en la ciencia jurídica” (Souza, 2001, pág. 11). Sin embargo, esta teoría encontró su raigambre en la *Escuela Científica*, gracias a los postulados *iusteoricos* de los juristas como *Thaller*, *Planiol* y *Duguit*, pero el mayor referente de esta escuela lo podemos encontrar en el jurista *François Geny*, quien en su obra *Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo* creó el verdadero manifiesto de esta teoría.

Según los postulados de esta teoría, se rechaza el derecho positivo inmovilizado que coarta el desarrollo del mismo, toda vez, que la escuela de la exegética pecó de formalismo, ya que no es posible conocer la voluntad del legislador, ni mucho menos desatender el tenor literal del texto incorporado en el código. El método utilizado por Geny, se basaba en la *libre investigación científica (libre recherche scientifique)*. Cándido Romero (1994) refiere que esta denominación se debe a “la labor del intérprete: «libre» en tanto que independiente de toda autoridad externa; y «científica» en cuanto que basada en los datos objetivos proporcionados por la ciencia” (Romero, 1994, pág. 236). Igualmente esta escuela científica “además de cuestionar el papel del derecho como único medio de transformación social, también cuestionaron la relación de subordinación de juez a la ley y apuntaron la importancia de la interpretación judicial”. (Mesa M, 2002) citado por (Motta Navas, 2012, pág. 94)

La libre investigación científica permite que las reglas jurídicas inmiscuirse el ámbito de la investigación, asegurando que estas reglas adquieran un valor superior a las contingencias que las provocan (derecho positivo). Esta escuela está convencida de que “el progreso jurídico se producirá por un método de investigación sincera, que, reconociendo abiertamente lagunas de la ley escrita, busca la naturaleza objetiva de las cosas y el equilibrio de los intereses en presencia (método)” (Moreno Perez, 2000, pág. XXXV). Es decir, que se debe reconocer el error del fetichismo de la ley, contrarrestando con la idea de que el derecho necesita *per se*, la ampliación

del sistema de fuentes del derecho, otorgando relevancia a la costumbre y la jurisprudencia practica otorgada por la libre investigación científica. (Gény, 2000, págs. 409-413)

El jurista Geny justificó que el formalismo tradicional que adoptaba al derecho como el fetichismo de la ley escrita y codificada; evidenciaba un error, ya que la ley no podría otorgar la solución a cualquier caso que pudiera presentarse. Según Timm Hidalgo, Geny exhibía que el derecho no tuviera un efecto inmovilizador, pues el proyectaba ampliar “el espectro de fuentes formales señalando que estas, además de la ley, comprenden la costumbre jurídica (a la cual dedicó gran parte de su trabajo) y la tradición o autoridad manifestada en la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina. (Timm Hidalgo, 2014, pág. 200)

El método de investigación propuesto por Geny, presupone distinguir los procedimientos de investigación y de estudio más idóneo para la aplicación del derecho positivo por medio de la actividad judicial. De hecho, López Medina (2013, págs. 255-256). Describe a Geny como un crítico al método tradicional de las fuentes del derecho e interpretación legal imperante en el siglo XIX, en clara elocución a la negativa que afirma que la ley no puede regular de manera completa la vida social, por consiguiente las reglas del código (exegesis) o conceptos generales del derecho civil (conceptualismo) producen de manera continua vacíos para los que no hay reglas o principio preexistentes. Pero, los jueces, sin embargo, poseen una importante discrecionalidad en tales casos que debe ser disciplinada por algún criterio objetivo. La objetividad a que refiere López Medina, se encuentra en la interpretación del derecho en los casos de vacíos, debe ser de forma “extrajudicial” ya que, por definición, el vacío -solo existe- cuando un caso no puede ser decidido conforme a reglas o principios preexistentes del derecho.

La metodología científica, critica no a la ley sino al fetichismo a esta, debido que la escuela exegética; otorgo la certeza esta era la única y mejor forma de convivencia social está determinada por la normativa legal. Para Geny, se debe remplazar el antiguo aforismo del juez como la boca de la ley, para sí, poder otorgar una mayor confianza a la actividad judicial. Desde el punto de vista de Candido Romero (1994), este jurista determina que “la ley, constituyen el principal y más seguro criterio hermenéutico para el intérprete. Sin embargo, no bastan, a su juicio, para suministrarle todas las directrices interpretativas que la amplitud, complejidad y riqueza de los problemas jurídicos exigen” (Romero, 1994, pág. 235). Es decir, que para Geny, el derecho es algo mucho más que la simple aplicación mecánica de normas legales (desprovista de la realidad),

ni mucho menos que un mecanismo decisorio sometido a máximas incertidumbres de las reglas legales, de ahí, que la interpretación judicial juega un papel fundamental para la adaptación del derecho a la realidad.

De acuerdo con Moreno Perez en el estudio preliminar del pensamiento científico de Geny (2000, págs. LXV- LXVI); este insiste que la función del juez debe ser una labor creativa, un proceso de participación del intérprete judicial en el proceso de descubrimiento y recreación del derecho teniendo en cuenta sus bases social (sociológicas) y racionales (normativa). Ello supone que el juez, al aplicar el derecho, ha de ponerse en contacto directo con la realidad social. Según aduce Moreno Pérez, esto presupone que la propia norma –atendiendo el contexto- invita al juez en el trasfondo de la realidad de los institutos regulados, porque existen lagunas que obligan a una actividad creadora del juez y a realizar una libre investigación del derecho aplicable al caso controvertido.

En conclusión, François Geny pretende ampliar la concepción de las fuentes del derecho positivo, en el entendido, que no pretende desconocer a la ley como fuente del derecho, solo nos presenta a través de su concepción *iusteórica*; la determinación de que el sistema jurídico es mucho más que la ley. Esto presupone que el derecho se debe sustentar con otras fuentes de derecho como la costumbre, la doctrina y jurisprudencia. No obstante, Geny plantea que este último (jurisprudencia), se le debe otorgar un valor más relevante que el dado por la escuela exegética; ya que esta, supone la determinación que el juez es mucho más que un intérprete reproductivo de normas, sino un funcionario que colabora activamente en la creación del derecho, introduciendo una visión más pluralista del derecho y la interpretación jurídica en contraste con la realidad.

Ahora bien, la teoría antiformalista del derecho se incorporó en la conciencia Latinoamericana, gracias a los postulados de François Géný y los aportes *iusteóricos* de los tratadistas franceses L. Josserand, G. Ripert y J. Bonnet. Para ser preciso, en Colombia el antiformalismo se consolidó a partir de la interpretación del Artículo 8 de la Ley 153 de 1887, el cual consagra: “*Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*”. López Medina (2013) refiere que esta norma es la “clausura o integración adoptada positivamente para todo el sistema jurídico nacional. Su importancia estructural es, en

consecuencia, enorme. Se trata, de la regla positiva más importante en la definición de lo que esta cultura entiende por derecho” (Lopez Medina, 2013, págs. 301-302). Es decir, norma es parte de la consolidación proceso hegemónico *iusteorico* del formalismo en Colombia.

De lectura antiformalista del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, incitaba a interpretar el artículo de acuerdo con las reglas establecidas por la libre investigación científica (*libre recherche scientifique*) de Geny; tal como recordará el lector, *esta escuela se basó en la ineficiencia de la ley para regular el derecho*. Ahora bien, cuando se dispuso en el contexto la norma que “*Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido*” (Art. 8 Ley 153/1887) se determinó que efectivamente la ley tiene vacíos, demostrando la insuficiencia del derecho codificado y legislado (Lopez Medina, 2013, pág. 305). Esto incentivó, a los seguidores del antiformalismo determinar que el derecho positivo –así entendido- necesita de la integración de las normas con la realidad (ya que es la realidad es la que crea los vacíos o laguna en la normatividad, cuando esta predica insuficiencia del derecho legislado, al no poder seguir el ritmo del desarrollo social)

La interpretación antiformalista causo mucho eco en algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia en los años 1936 hasta 1939, este periodo jurisprudencial fue designado como la Corte de Oro. Los magistrados de esta época partidarios de *iusteoría* antiformalista, trataron con relativo éxito, de introducir por medio de novedosas decisiones judiciales (sentencias) y método científico de los análisis jurídicos de la realidad; los nuevos elementos que referimos no aparecían en las leyes nacionales y ya que provenían sobre todo de la jurisprudencia francesa.

Es menester recordar que esta evocación antiformalista de la Corte Suprema Justicia fue efímera, ya que perdieron la partida contra los postulados formalistas, al reconocer en su momento la necesidad de la positivización de los nuevos elementos conferidos por la jurisprudencia de la Corte de Oro. Además, como se ha hecho referencia, el formalismo ganó mucha fuerza tras la incorporación de los postulados *iusteoricos* de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Sin embargo, solo después de la promulgación de la Constitución Política de 1991, lentamente pero de forma constante, las posturas antiformalistas recobraron fuerza, esta vez amparados bajo las normas constitucionales y la creación de un tribunal constitucional (Corte Constitucional).

El nuevo antiformalismo estableció una nueva interpretación y concepción sobre las fuentes del derecho (Art. 230 C. Pol) -especialmente las fuentes fórmale-, determinando que ya no se puede

partir de la concepción que reconocía a la ley, como máxima norma, sino que actualmente es la norma constitucional (Art. 4 C. Pol.) la que establece la estructura dogmática y orgánica del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano; por otro lado, el antiformalismo también incorporó la idea que la jurisprudencia del máximo órgano constitucional (C.C) adquiere un papel y discrecionalidad mucho más amplia en la creación del derecho. De acuerdo con Camacho Godoy (2016):

El antiformalismo se abre la posibilidad de tener una interpretación más amplia, de contexto, fundamentada en principios (constitucionales) y el precedente judicial. En este modelo, el juez tiene un margen más amplio de interpretación, donde puede acudir a hacer un análisis de contexto, sociológico, de finalidades y principios del sistema jurídico, que le permitirán darle un verdadero sentido a la norma, desde una realidad fáctica, que es cambiante y que no necesariamente ha sido prevista en el ordenamiento jurídico. (Camacho Godoy, 2016, pág. 8)

A manera de conclusión, la jurisprudencia en atención a la teoría del antiformalismo jurídico en Colombia, adquirió una nueva concepción con la Constitución Política de 1991, la cual trajo consigo un vasto catálogo de principios y derechos en donde la actividad judicial adquiriría gran protagonismo al propender a los postulados axiológicos (Dogmáticos y Orgánicos) de la Constitución. Es decir, la actividad judicial, especialmente la constitucional adquiriría una mayor importancia en la materialización del derecho en un plano concreto y abstracto, atendiendo a los principios y derechos fundamentales los cuales corresponderían a la realidad y al contexto social, político, económico e institucional.

CAPITULO II: ELEMENTOS DE FUENTE FORMAL DE LA RATIO DECIDENDI EN SENTENCIA DE REVISIÓN DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Introducción al capítulo.

“La determinación de las fuentes jurídicas, de su poder y respectiva jerarquía es un acto primario en la estructura del Estado. La inclusión o exclusión de una fuente jurídica, el cambio en el orden establecido entre ellas constituye una alteración de la ordenación política de la organización social”. (De Castro y Bravo, 1961, pág. 94)

El segundo capítulo tiene en primera fase por objetivo establecer la estructura de fuente formal del derecho implícita en la *ratio decidendi* de sentencias de tutela de la Corte Constitucional colombiana. En este fin, por razones metodológicas se estudiará a modo inaugural el derecho Inglés y estadounidense, al pertenecer ambos sistema de derecho a la tradición jurídica anglosajón o del common law donde se hallan los orígenes de las reglas de precedente o stare decisis, posteriormente se desarrolla en conjunto el debate dentro de la teoría jurídica de los sistemas de derecho continental- romano germánica, en que se discute si la jurisprudencia es una fuente de creación del derecho o solo un criterio auxiliar en la actividad judicial, en lo cual de manera anterior se aclarará los conceptos de jurisprudencia, precedente judicial y precedente constitucional para con ello dar inicio al estudio concentrado del orden jurídico colombiano a partir de la Carta Política de 1991 en que se revive el debate en mención en los artículos 4, 13, 230, 241 y 243 de la C. Pol colombiana de 1991.

Abordados los artículos en disputa, se encontrará de manera práctica los pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional en el ejercicio de sus funciones de juez de control concreto, abstracto y de unificación de jurisprudencia encaminados a desenvolver la discusión respecto del rango que ocupa la ratio decidendi de tutela objeto del control concreto en las fuentes del derecho

en Colombia a partir de la reevaluación que produce la integración de las reglas de *stare decisis* al orden jurídico a través del precedente obligatorio de tutela sin desconocer las posturas teóricas y doctrinarias contrarias a su integración y obligatoriedad en razón a las características propia de los sistemas continentales-romano germánicos al que pertenece Colombia.

Sin que lo anterior obste el estudio de las figuras instauradas por el tribunal constitucional a la actividad judicial para seguir el precedente de tutela de manera obligatoria una vez se identifiquen los elementos de reiteración de la *ratio* en control concreto, es decir los principios de supremacía constitucional, igualdad, seguridad jurídica y el desarrollo de preceptos axiológicos de la Carta Política con efecto de modulación *inter communis* como se observará en el caso práctico propuesto al desarrollar los hallazgos de la investigación a partir de los derechos bioculturales creados en la sentencia T-622 de 2016, que permite dar respuesta al problema central de la investigación ¿ qué rango ocupa la *ratio decidendi* de sentencias de tutela de la Corte Constitucional en el sistema de fuentes del derecho colombiano?

3. El precedente anglosajón: referencia de derecho al estudio propuesto.

En el objetivo de dar continuidad a la investigación y especialmente al estudio propuesto en este acápite, se iniciará por abordar la familia jurídica *anglosajón o del common law* en que se hallan los orígenes del *precedente y las reglas del stare decisis* -uno de los temas en adelante más relevantes de la investigación-. Este sistema de derecho presenta como principal característica jurídica que sus órdenes se estructuran más en la jurisprudencia que en la ley, dado que las decisiones judiciales ostentan carácter vinculante al conferir de certeza al sistemas jurídico, desde este aspecto puede señalarse una de las diferencias más tangibles con la familia jurídica continental- romano germánica , en cuanto esta sólo encuentra la certeza del derecho en la norma escrita legislada. (Santofimio Gamboa, 2010, pág. 15)

Dicho lo anterior, tenemos que no todos los país de idioma ingles pertenecen a la tradición jurídica del *cammon law*, al afirmarse Falcón & Tella (2010) no es posible una cultura jurídica uniforme al existir varios sistemas. Hecha esta salvedad, para el estudio propuesto, resulta conducente establecer que solo se tomara por su trascendencia y aplicabilidad en nuestros días el

derecho Inglés, que ha ocupado históricamente el papel más relevante, limitado en su esfera de aplicación a Inglaterra y a Gales. Por último se tomará como referente el *derecho Estadunidense* por sus características peculiares adoptadas en los órdenes jurídicos latinoamericanos en *las reglas del stare decisis y de control constitucional*. (Falcón y Tella, 2010, págs. 34-36)

En este orden de ideas, el *common law* inicia con la conquista de Normandi en el año 1066 cuando Guillermo I vence en la batalla de Hastingst al rey Harold II. Ascendió al trono Inglés, Guillermo I unifica bajo una Corona a aquellos reinos (Morineau Iduarte, 1998, pág. 10) apoderándose del derecho de propiedad originario de todas las tierras y decide dictar justicia desde la Corte Real (Consejo Real o Curia Regia) controlando así la aplicación de la justicia; además de instalar el sistema feudal en Inglaterra, lo cual, le permite organizar un gobierno nacional, centralizado, poderoso y eficiente. (Torres Zárate, 2008, pág. 74)

3.1. Consolidación del sistema judicial en Inglaterra.

Para cumplir con las funciones judiciales impartidas por el rey, la curia crea tres cortes judiciales sintetizadas como: *tribunales del common law o corte westminster*, conformada por: *la i) "Corte Exchequer"; ii) "Commo Pleas" y la iii) "Court of Ecclesiastics Beach"* (Jaimes Jaimes, 2016, pág. 21). Estos tribunales empiezan a desarrollar *reglas de procedimiento* a partir de las controversias judiciales, lo cual estructura *el case law o derecho de casos* (David R. C.-S., 2010), que a su vez, homogenizó la norma consuetudinaria del reino permitiendo la consolidación y el desarrollo del derecho común de los ingleses al ser un derecho general y unificador del régimen jurídico de la isla, atribuyéndole contenido y validez al common law en la cotidianidad socio-jurídica inglesa. (Jaimes Jaimes, 2016, pág. 22)

Por otro lado, Falcón & Tella (2010) determinan que los fundamentos de la proliferación del case law en el derecho Inglés está dado en la inexistencia de una constitución formal-escrita en Inglaterra, contrario a los países que conforman la tradición jurídica continentales-romano germánicos que tienen desde su génesis un texto constitucional. Sumado a lo anterior, en el sistema británico no existe formalmente la división de poderes, resaltando que el poder político está repartido y equilibrado, por consiguiente, los tribunales controlan la legislación, los excesos

del legislativo, del ejecutivo y de los particulares. Es así, como se presenta el primer antecedente del *judge made law* o derecho creado por los jueces, integrado al sistema de fuentes de derecho inglés y luego dividió en i) *customary law* o derecho consuetudinario, fundado en las declaraciones de los tribunales populares a partir de los usos tradicionales- y el ii) *case law* o derecho de casos motivado en sentencias judiciales. (págs. 36-38)

Es por ello, que el sistema anglosajón logra identificarse como un derecho de fuente judicial y común, totalmente contrario a los derechos y costumbres locales que imperaban en la isla antes de la invasión normanda. Al constituirse como un único cuerpo jurídico en todo el reino administrado por un tribunal central con competencia nacional en primera instancia, al lograr los juristas crear una jurisprudencia a partir de casos técnicamente autosuficiente (Jaimes Jaimes, 2016, pág. 22), ya que según Santofinio Gamboa (2010):

Desde esta época, el *Common law* se ha basado en la autoridad vinculante del precedente judicial que le otorga certeza jurídica al sistema y en cuyos valores éticos-jurídicos pretende crear un orden jurídico auténtico. De esta manera se aparta radicalmente del derecho continental, que dentro de su concepción legalista encuentra la certeza del Derecho únicamente en el texto escrito de la ley. (pág. 15)

Siendo así las cosas, el derecho único y común creado por los jueces se remonta a dos grandes instituciones del sistema judicial en Inglaterra, uno es el tribunal “king’s writ’s” (tribunal del rey), al dar nacimiento a las acciones procedimentales a partir del denominado “writs” o autorización real. Esto en parte obedece a que los tribunales reales o del common law eran tribunales de excepción, por ende los particulares que pretendían su intervención debían requerir y pagar al canciller un writs prevaleciendo lo procesal sobre lo sustancial. (González Martín, 2010, pág. 60). Este sistema colapso conforme iba apareciendo nuevas demandas particulares en las que no existían autorizaciones reales aplicables al caso concreto teniendo que acudir en busca de justicia procesal al rey, afianzado al canciller a dar solución a la controversia dado nacimiento a la segunda instancias judiciales en Inglaterra mediante la creación de la equity durante en el siglo XIV mayormente en los siglos XV y XVI por la vinculación histórica del Tribunal de la

cancillería o court of chancery, en el que se integró la máxima “la Equidad respeta el derecho”. (David R. C.-S., 2010, págs. 236-238).

La equity desarrollo sus reglas sustanciales sobre doce fundamentaciones nombradas por algunos tratadistas como “las doce tablas de la equidad”, que en palabras de Castán Tobeñas (1957) son principios humanizadores del derecho en el que prevalecen otras formas de concebir la justicia material, dado a que la equidad actúa *in personam*, es decir opera y surte efectos sobre las personas no sobre las cosas o materia de la controversia (Castán Tobeñas, 1957, págs. 97-100). Es de anotar que el canciller no resolvía de fondo el asunto pues este solo intervenían en supuestos de estimar la conducta del demandado contraria a la conciencia, por ello las pretensiones que podían solicitarse en dicha jurisdicción eran diferente a las del tribunal de common law, en lo cual los tribunales de cancillería no seguían las reglas o precedente dictadas por este último. (Lapasta, 2000, pág. 73)

Todo ello hizo, que en el siglo XVI se diera un acuerdo político entre el rey y el Parlamento que apoyaba a los tribunales del common law, al obligar a los tribunales de cancillería a dictaminar conforme a sus precedentes, sometiéndolos al control de la cámara de lores al existir rivalidades desde el año 1485 hasta 1832 entre los tribunales del common law y los de cancillería en la aplicación del derecho común jurisprudencial en la resolución de controversias judiciales (Lapasta, 2000, pág. 74). Contrario a ellos, juristas como Frederic William Maitland (1936) ha indicado que no puede concebirse estos dos sistemas como rivales dado que la equity no fue un sistema autosuficiente, ya que, en cada instancia tuvo que presuponer la existencia del common law en sus procedimientos, por ende, ambos sistemas se armonizaron en la finalidad de dar al derecho Inglés mayor eficacia. (Maitland, 1936, pág. 19).

3.1.2. El periodo moderno del derecho inglés: integración de las reglas del stare decisis a partir de la unificación de la suprema corte de judicatura

En la intención mencionada, sumado a la necesidad de impartirle certeza y seguridad jurídica al sistema de precedente judicial se mantuvo en Inglaterra hasta finales del siglo XIX los dos

tribunales paralelos. Entre los años 1873 y 1875, dos leyes del parlamento simplificaron la estructura del poder judicial al congregar en un solo cuerpo normativo a los tribunales del *common law* y de cancilleres en la Suprema Corte de Judicatura -*Supreme Court of Judicature*- (Morineau Iduarte, 1998, pág. 14). A partir de este periodo se afianzan las reglas de uno y de otro sistema, y se racionaliza el sistema procesal en conjunto, al adoptar las reglas de precedente judicial o *stare decisis*, en virtud de la cual, antes de proferir un fallo judicial el juez está en la obligación de examinar decisiones anteriores emitidas por otros jueces (Jaimes Jaimes, 2016, pág. 24). Es de anotar que solo hasta el siglo XIX se reconoce en la práctica judicial las reglas del *stare decisis* pero este se remonta en sus orígenes hacia el año 1200 aproximadamente según Rene David. (David R. C.-S., 2010, pág. 265)

En efecto, el *stare decisis* consagra principios en los cuales las reglas creadas en decisiones judiciales deben ser aplicadas de manera obligatoria, pues al no hacerlo puede menoscabar toda la certeza e incluso comprometer la existencia misma del *common law*, dado a que observar las reglas creadas por otros jueces (*stare decisis*) y respetar el precedente judicial es el fundamento de los sistemas de derecho jurisprudencial (David R. C.-S., 2010, pág. 265). De esta manera, la doctrina del *stare decisis* se ha conceptualizado en el derecho inglés desde las decisiones “in point”, en que solo basta una decisión del tribunal o juez tomada después de razonar sobre una cuestión de derecho planteada en un caso y necesaria para establecerla para que dicha decisión constituya precedente obligatorio para el mismo tribunal y para los otros tribunales de igual o inferior rango en casos futuros análogas. (Kokourek, A. y Koven, H., 1935, pág. 985).

Conviene subrayar en este punto, la reestructuración de la organización judicial y la necesidad de impartir carácter obligatorio al precedente vienen dado en parte por la tendencia legalista que se desarrolla durante el siglo XIX en Francia equivalente a la escuela de la exegesis, por lo cual además de sistematizar la actividad judicial por la *judicature acts* se da un alcance diferente en las reglas de excepción del *stare decisis* en las que se determina:

1. Las decisiones emitidas por la Cámara de Lores (House of the Lords) constituyen precedente obligatorio, cuyas reglas deben ser observadas por toda jurisdicción, excepto y

en forma excepcional por ella misma; 2. Las decisiones emitidas por la Court of Appeal (Corte de Apelación) constituyen precedentes obligatorios para todas las jurisdicciones inferiores en jerarquía a esta Corte y para la misma Court of Appeal y 3. Las decisiones pronunciadas por un juez de las High Court of Justice se imponen a las jurisdicciones inferiores y, sin ser estrictamente obligatorio, gozan de un gran valor de persuasión y son generalmente observadas por las diferentes divisiones del High Court of Justice y por la Crown Court. (David R. C.-S., 2010, pág. 266).

La rigidez en la aplicación del precedente de la cámara de lores presenta algunas causales de inaplicación al indicar Rene David (2010), que solo hasta el año 1996 prevaleció el principio obligatorio de no apartarse de su propio precedente al excepcionar esta regla cuando existan consideraciones apremiantes que lo justifiquen en el interés de la justicia. De este modo, se puntualiza los únicos precedentes obligatorios son las decisiones emitidas por la Corte Superior fundamentado por la Supreme Court of Judicature y por la cámara de los lores (House of the Lords), en consiguiente, las decisiones de otras cortes u organismos con funciones judiciales tendrá posiblemente un valor persuasivo mas no constituye precedente. (David R. C.-S., 2010, pág. 265).

En esta interpretación, la rigidez con casos de excepción del precedente inglés conlleva a la necesidad de estudiar la teorización de las reglas del *stare decisis* desde el ámbito de aplicación del precedente en dos conceptos: sentencia y vinculantoría. Dicho esto, tenemos que el *precedente (sentencia)* se constituye de cualquier pronunciamiento anterior que esté incluido en alguna recopilación jurisprudencial y sea relativa a un caso (pasado), que presente alguna similitud respecto de otro caso (presente); por otro lado el *precedente dispositivo* es aquel que parte de la sentencia precedente al consistir con la decisión del caso concreto, es decir “la norma individual” para un caso (pasado) que presenta semejanzas respecto a otro caso (presente) y el *precedente- ratio decidendi* es la parte de la sentencia precedente sobre la que se basa la decisión individual para indicar que un caso anterior similar al caso presente le es vinculante a quien debe seguir el precedente obligatorio. (Iturralde, 2013, pág. 195)

En este sentido, en la actividad judicial inglesa se diferencian dos criterios en sus providencia el i) *la ratio decidendi* y ii) *los obiter dictum* que conllevan a trazar el siguiente interrogante: ¿por

qué se deben diferenciar estos dos criterios si hacen parte de la misma sentencia que vincula a la actividad judicial?; en respuesta al interrogante propuesto se debe aclarar, no todo el contenido de la sentencias o providencia judicial consagran carácter vinculante, ya que los *obiter dictum*; no consagra el carácter de autoridad para vincular, al ser solo preceptos doctrinarios llevados por el juez a la sentencia que no constituyen la línea para llegar a la decisión de la sentencia, al solo contener carácter persuasivo que dependen de la jerarquía del juez que profiere la sentencia; al contrario la *ratio decidendi* constituye la parte obligatoria y vinculante de la sentencia, al consagrar la regla jurisprudencial que debe ser observada y aplicada en casos judiciales posteriores siempre que sean análogos, en cuanto en la ratio reposar la parte motiva de la sentencia, en otras palabras es el fundamento la decisión judicial se consagra carácter y la fuerza de precedente obligatorio. (David R. C.-S., 2010, pág. 267).

En consecuencia, el autor Criscuoli (1976) determina que en el derecho inglés se prestan varias clases de precedente: i) *el precedente declarativo y creativo*: el primero responde a la aplicación directa de una norma jurídica precursora -su aplicación se da porque ya es derecho- y el *precedente creativo* es aquel que confiere competencia para crear y aplicar nuevas normas -una vez aplicada nace a la vida jurídica- (Criscuoli, 1976, págs. 1-39). ii) *precedente obligatorio y persuasivo*: la diferencia entre el uno y el otro se da por la influencia que ejercen en el curso futuro de la administración de justicia. *El precedente obligatorio* es aquel que los jueces deben seguir, lo aprueben o no; mientras que el peso del *precedente persuasivo* depende de factores como: la posición del tribunal en la jerarquía judicial, el tipo de decisión, la fecha del caso, entre otros (Bronaugh, R., 1987) iii) *Precedente absolutamente obligatorio y condicionalmente obligatorio*: las decisiones son forzosamente vinculantes y deben ser seguido aun erróneas o irracionales, por otro lado los precedentes absolutamente vinculantes poseen como causales de excepción a su aplicación dos supuestos: i) cuando resulte contraria a derecho y por ser contraria a la gnosis. (Falcón y Tella, 2010, pág. 51)

En esta perspectiva se puede concluir, el carácter estricto del precedente en el derecho inglés responden a la certeza y seguridad jurídica que confieren las decisiones judiciales al sistema de derecho, al solo bastar una sentencia “in point” (Legarre, 2005, pág. 2) para establecer al juez la obligación de resolver con la ratio del precedente controversias futuras análogas. (Iturralde, 2013, pág. 95)

3.2. La recepción del derecho inglés en los Estados Unidos de Norte América

Concluidas la fase de aplicación de las reglas del *stare decisis* en la actividad judicial en Inglaterra, se abre paso a la recepción de este sistema de derechos en los Estados Unidos de Norte América (EE.UU), antes denominado las trece colonias. La adopción de este derecho es dado por la colonización, ya que los ingleses implantaron su derecho en los diferentes colonias donde ejercían dominio basados en el principio del *calvin's case* del año 1608 al consagra, el *common law* inglés es en principio aplicable a los territorios donde los súbditos de la corona británica se establezcan siempre que dicho territorio no esté sometido a una nación civilizada. (David R. C.-S., 2010, pág. 285).

En el año 1775 se da inicio a la guerra de independencia en contra del dominio inglés, y un año más tarde se aprobó por el congreso continental la declaración de independencia de las trece colonias, consumado hasta el año 1783. Durante la guerra, varias colonias promulgaron sus constituciones siendo la más relevante la de Virginia (1776) por su Bill Rights, listados de derechos individuales inviolables obra de Jefferson. (Torres Zárate, 2008, pág. 88)

3.2.2. Organización del sistema jurídico estadounidense

De esta manera al establecer Estados Unidos (en adelante EE.UU) una Constitución Política escrita se aparta de una de las principales características de la organización judicial del derecho anglo-inglés, en cuanto Inglaterra carece de Carta normativa. Sumado a lo anterior EE.UU ostenta una forma de Estado federado en que se encuentran plenamente separados los poderes públicos en tres ramas, a saber la judicial, legislativa y ejecutiva (Basauri Ochoa, 2010, pág. 3). En que dentro del orden judicial se establece a la Corte Suprema de justicia como órgano de cierre de las jurisdicciones federales y estatales. (Torres Zárate, 2008, pág. 91)

3.2.3. Las reglas del stare decisis en el derecho norteamericano: teoría realista y control difuso.

De manera que la estructura y organización del sistema estadounidense conllevo a aplicar unas reglas de stare decisis alejadas a las aplicables en Inglaterra, en parte por la soberanía atribuida a los órdenes internos para establecer su propio derecho (González Martín, 2010, pág. 70), siendo su única limitante no contrariar los preceptos de la Constitución, al ser esta la norma superior de todos los estados, atribuyéndose el carácter de ultima ratio constitucional a la Corte Suprema de Justicia en la definición de inconstitucionalidad de las leyes.

De ello deviene que EE.UU estructure un sistema flexible de precedentes, dejando como consecuencia *falta de obligatoriedad a las reglas de stare decisis*, en cuanto los tribunales pueden apartar de su propio precedente (David R. C.-S., 2010, pág. 314). Esta consecuencia según Nuria González (2010) encuentra respaldo en el desarrollo del derecho interno de cada estado, que no puede ser limitado por normas que depende del factor territorial para su aplicación. (González Martín, 2010, pág. 70), al ser la soberanía de los regímenes interno es el fundamento axil para que las decisiones emitidas por los tribunales estatales o federales dependan su procedencia del estado en que se emita, hallándose obligados a seguir las reglas de stare decisis establecidas con anterioridad por otro juez de su jurisdicción territorial, siempre que la ratio decidendi sea análogo al caso concreto. (David R. C.-S., 2010, pág. 314)

Sumado a lo anterior, las reglas de stare decisis del derecho EE.UU contemplan en su aplicación concepciones sociales dado a las teorías del realismo estadounidense y el control difuso de constitucionalidad que determina la procedencia de los precedentes.

De esta manera, el realismo jurídico a modo de contextualización es una teoría filosófica que identifica al derecho desde la eficacia normativa en protesta de concepciones iusnaturalistas y preceptos positivistas, dado que el realismo propone una total independencia del derecho abandonando todo interrogante del deber ser al centrarse específicamente en la lógica de la utilidad social, al desconfiar de toda concepción jurídica tradicional, en cuanto el juez debe en el ejercicio de sus funciones observar las transformaciones sociales; dado que el derecho legislado

no puede regular a tiempo todas las transformaciones que se presentan en la vida en sociedad. (Campo Florez & Sepúlveda Hales, 2013)

Solo hasta la mitad del siglo XX se acepta en la doctrina los preceptos *iusrealistas* como una escuela de derecho, la cual contiene como característica principal la agrupación de prosistas con concepciones pragmáticas, instrumentalistas y sociológica del derecho en los cuales sus principales exponentes son: Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), Roscoe Pound (1870-1964), Jerome Frank (1884-1957), Karl Llewellyn (1893-1962), Max Radin (1880-1950), Robert L.Hale (1884-1969), Morris R. Cohen (1880-1947), Felix S. Cohen (1907-1953) y W. Underhill Moore (1879-1949). (Campo Florez & Sepúlveda Hales, 2013, pág. 18)

El *iusrealimo* como teoría del derecho centra su crítica anti-formalista en: a) la necesidad de incluir la realidad social en la aplicación y conceptualización del derecho –como instrumento de servicio social-; y b) rechaza totalmente los métodos de abstracción en la aplicación de un norma jurídica a un caso concreto dado que el juez debe interpretar las situaciones socio jurídicas que operan en cada caso, en razón a las nuevas situaciones jurídicas y sociales que se presenten (Hernandez José, 2001, pág. 272). En este sentido el juez a la hora de aplicar un precedente que puede llegar a ser vinculante para el caso concreto debe observar de manera discrecional el modo, tiempo y lugar en que se da la decisión ratio (Pound, 1912), más aun cuando el derecho debe adaptarse a las nuevas condiciones sociales, al no ser solo un conjunto de reglas lógicas desarrolladas por los teóricos de la ley sino un cuerpo que crece, cambia y se moldea en el tiempo. (Campo Florez & Sepúlveda Hales, 2013)

En efecto, el derecho jurisprudencial se desarrolla de manera primaria al derecho parlamentario promulgado, esto se debe a que el derecho es un hecho social en el cual no se pueden desatender las relaciones sociales y los conflictos humanos que se presenten al no haber una norma legislada aplicable, en este caso el *stare decisis* como regla de derecho llena los vacíos normativos al atender de manera oportuna la transformación socio jurídica y los vacíos normativos que se presenten. (Solar, J. I, 2012, pág. 176)

Superado lo anterior, tenemos que además de observar los parámetros de la teoría realista en la aplicación de precedentes aplicables a un caso concreto el juez estadounidense debe realizar control de constitucionalidad a las leyes inmersas en la ratio aplicable denominado control difuso

“ex post”, atribuible a cualquier juez sin importar su jerarquía o fuero, aclarándose de manera previa que su decisión en asuntos de constitucionalidad no contempla carácter erga omnes, al estar de manera unívoca la competencia de este tipo de asuntos con carácter de ultima ratio en la Corte Suprema de justicia (Torres Zárate, 2008, pág. 96). Esta puede sumarse como una tangible contradicción a la mayoría de países *continentales- romano germánico* en que este tipo de control es centralizado en un órgano específico como en el caso de Colombia a la Corte Constitucional (Haro, 2004) por mandato de la Carta Política contrario a EE. UU en que dicho mandato está dado por leyes legisladas, al solo indicar la en el artículo VI párrafo segundo y artículo III sección segunda la norma fundamental, al impartir justicia la actividad judicial debe dar prelación a la Constitución sobre las demás leyes, prueba de ello el caso “*Marbury vs. Madison*” del año 1803 en que se observan como parámetros de decisión los siguientes:

“ii) Un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; ii) es siempre deber judicial decidir entre leyes en conflicto; iv) si la Constitución está en conflicto con un acto legislativo el juez debe rehusar aplicar este último; v) si así no se hace se habría destruido el fundamento de todas las Constituciones escritas (Haro, 2004, págs. 8-13)”

En razón a que la Carta Política es la norma fundamental que limita la autonomía judicial, tanto así que al momento de aplicar una ley y presentarse alguna discrepancia el juez debe dar aplicación primaria a la que se ajuste a la norma primaria al tener esta fuerza obligatoria y validez superior. (Hamilton, A, Madison, J & Jay, J., 1957, pág. 332)

De lo referido se puede concluir respecto de la supremacía constitucional y el control difuso atribuido a cualquier *juez federal o estatal* que esta competencia es peculiar, en el sentido de la interpretación de inconstitucionalidad que pueden los jueces motivar para inaplicar una ley a un caso concreto, cuya interpretación al no provenir de la última ratio de control de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU solo surte *efectos inter partes*; entiéndase este como la obligación que se limita a producir efectos jurídicos a las partes inmersas en la litis, por ende, en el área de *precedentes no cobijara fuerza ni carácter vinculantes solo persuasivo*.

La segunda conclusión que se revela en los sistemas referenciados se debe al carácter de *precedente obligatorio rígido* que se emplea en el *sistema de derecho anglo-inglés*, en el cual las decisiones judiciales contemplan un carácter plenamente *legalista y procesal* desde las reglas del *stare decisis*, al ser un desarrollo netamente judicial no constitucionalizado, al no contener el sistema anglo-Inglés una Constitución; contrario en sus efectos de interpretación a los jueces norteamericanos los cuales inmersos en un sistema federal deben prevalecer en sus decisiones los preceptos de esta en razón a su carácter prevalente, aunque solo contemplan carácter de ultima ratio los mandatos de la Corte Suprema de Justicia.

La tercera conclusión responde a la perspectiva realista de las reglas del *stare decisis* del sistema EE.UU, en el cual la actividad judicial no está sujeta solo a la interpretación de la norma superior sino también al análisis socio jurídico de tiempo, modo y lugar para aplicar un precedente que le vincule al poderse presentar cambios o transformaciones socio-jurídicas propios de la vida en sociedad.

4. Tipología del precedente: conceptualización y caracterización de la doctrina del precedente

Otra de las diferencias existentes en el sistema anglosajón entre Estados Unidos e Inglaterra tiene lugar en la caracterización del precedente en parte al distinguir la primera de la jurisprudencia, en la intención de dar un cabal entendimiento a su divergencia para la actividad judicial estadounidense el precedente refiere a la decisión relativa a un caso particular; por el contrario, la jurisprudencia alude a la pluralidad por regla general de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos. Otra divergencia que se encuentra entre uno y otro es que la jurisprudencia en las decisiones judiciales está contenida de doctrina y principio los cuales consagran el características de uniformidad, constancia y continuidad al ser un conjunto de decisiones emitidas por los tribunales en el fin de prevalecer criterios de igualdad y uniformidad al resolver la cuestión. (Taruffo, 2007, pág. 87).

Precisado lo anterior, se tiene que el precedente como doctrina encuentra distintas clasificaciones dado a su evolución e importancia dentro de los órdenes jurídicos, en el derecho inglés por su parte contempla carácter estricto y limitado en su validez y obligatoriedad, al señalar

de manera crítica Tarruffo (1996), las reglas de *stare decisis* debe ser comprendido desde el ámbito flexible, por cuanto el precedente no puede reducirse a discusiones entre vinculante y no vinculante; por el contrario, es necesario una escala compuesta por varios grados de eficacia al contener: a) *vinculatoriedad fuerte (o absoluta)*, sin excepciones (precedente absolutamente obligatorio); b) *vinculación fuerte, pero sujeta a excepciones y limitaciones determinadas por el orden jurídico* (precedente condicionalmente obligatorio); c) *vinculación fuerte, con la posibilidad de apartarse del mismo cuando el juez motive las razones de su apartamiento* (precedente condicionalmente obligatorio); d) *vinculación débil*, cuando es normal que se siga el precedente sin que haya obligatoriedad de hacerlo y el juez no tiene que justificar el apartamiento del mismo (precedente persuasivo); y e) no vinculante, este depende de la discrecionalidad del juez, al no constituir precedente. (Taruffo, 1996, págs. 60-62)

Por otro lado, el precedente dimensional en la teoría flexible no se agota en la validez, al responder a otras dimensiones como: i) *la dimensión institucional*: se instituye de la organización del poder judicial y la relación de autoridad al distinguir el precedente vertical del precedente horizontal y el auto-precedente, en este orden, el *precedente vertical* se rige por una organización jerárquica entre los órganos judiciales –el inferior está obligado a aplicar y seguir el precedente establecido por el superior-; este tipo de precedente se aplica igualmente las reglas del *stare decisis*. *Precedente horizontal* concurre cuando dicha obligatoriedad lo es respecto a las decisiones de otro juez del mismo nivel (Iturralde, 2013, pág. 196); y el *autoprecedente* se produce cuando un juez está obligado a seguir su propio precedente; ii) *la dimensión estructural* se constituye respecto de una decisión anterior; y *la dimensión objetiva* determina la eficacia que comporta el precedente para influir en las decisiones posteriores, en esta dimensión se hace una distinción entre *ratio decidendi* - fuerza vinculante- y *obiter dictum* –eficacia persuasiva-, al expresar Taruffo (1994) “debe considerarse que la determinación de la *ratio decidendi* depende en buena medida de la interpretación del precedente que le da el juez del caso posterior. Que introduce un elemento adicional de variabilidad”. (Taruffo, 1994, págs. 544-549)

De esta manera se puede concluir que los sistemas de derecho anglosajón a pesar de pertenecer a la misma familia jurídica presentan grandes diferencias en las reglas de *stare decisis* dado a la organización socio política de cada Estado, prueba de ello las características propias que se presentan en Estados Unidos e Inglaterra, donde la rigidez del precedente está dada a partir de la

competencia jurisdiccional, territorial y constitucional en el caso de los EE. UU y en Inglaterra en los fundamentos de validez en sentido estricto. (Iturralde, 2013, pág. 195).

4.1. Diferencia entre el precedente judicial y el precedente Constitucional: inicio de la doctrina del precedente en el sistema continental romano germánico.

Antes de dar cierre al estudio de los sistemas de derecho common law para dar estudio a la tradición jurídica continental- romano germánica o del civil law resulta pertinente hacer la distinción entre precedente judicial y precedente constitucional, por cuanto la tipología de estos se halla de manera primaria en el órgano que emana la decisión, de modo que este último es atribuible a las instituciones que se asigna la competencia de intérpretes de la Carta Política con facultad concentrada, al poder estos integrar y unificar la jurisprudencia además de determinar el carácter obligatorio de sus pronunciaciones, dado a que este tipo de pronunciaciones están bajo las reglas del precedentes horizontal al ser el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. (Sentencia C-836, 2001)

Por otro lado tenemos que el precedente judicial confiere al juez de inferior rango la obligación de acatar y seguir el precedente emitido por el superior jerárquico y el desarrollado por él, al estar inmerso en las reglas del precedente vertical (Sentencia C-836 del 2001). En otra interpretación, los jueces deben seguir en su razonamiento jurídico los precedentes sentados por el superior jerárquico cuando la controversia judicial puesta en conocimiento haya sido resuelta de manera anterior en un caso análogo por el órgano de cierre de determinada jurisdicción (civil, penal, administrativa, constitucional; etc) siempre que su ratio decidendi resulte vinculante para el caso concreto (García-Barrio, T., 2006, págs. 134-135) al ser deber del derecho dar igual trato a los sujetos implícitos en casos futuros análogos para garantizar la prevalencia de un orden jurídico justo y coherente basado en los principios de seguridad jurídica e igualdad. (Bernal Pulido, 2008, pág. 92)

De esta manera la diferencia entre uno y otro está en la medida en que la actividad judicial se encuentre vinculado y obligado a seguir el precedente del órgano que lo emite y las posibilidades que le asisten para apartarse.

4.1.2. La jurisprudencia en los sistemas de fuentes del derecho continental.

Abordada la diferencia entre el precedente vertical y horizontal, tenemos que dentro de los órdenes continentales la jurisprudencia ha generado diversos debates en la teoría jurídica en torno a su valoración en las fuentes del derecho, por ello en el interés del estudio propuestos se limitará este acápite al debate en razón a si se le confiere a la jurisprudencia el carácter de fuente de creación del derecho, dependiendo en todo caso, de si se le atribuye o no al juez la facultad de crear derecho en la resolución de controversias judiciales dentro de los órdenes jurídicos romano germánico.

Esta controversia se suscita en la recepción del derecho romano durante los siglos VI y subsiguientes que produjo fenómenos jurídicos como la codificación y unificación del derecho nacional, al concebirse y fundamentarse desde el iusnaturalismo racional y enciclopedismo francés el dogma a favor de la omnipotencia de la ley como única fuente de creación del derecho en los sistemas jurídicos continentales-romano germánicos. Esta postura fue igualmente instaurada y aceptada en las teorías uispositivistas y en las declarativas. Por otro lado, la teoría creadora surge de la decadencia de la teoría declarativa, al ser está incompleta en los órdenes jurídicos, viabilizando la vinculación de otras fuentes creadoras de derecho como la jurisprudencia. (Falcón y Tella, 2010, pág. 60)

Dentro de esta lógica, la jurisprudencia será observada desde las concepciones romanistas al surgir de los conceptos, opiniones y dictámenes del *ius publicae respondi*, dado a su nivel de razonamiento y sabiduría que trascendió a regla obligatoria en la resolución de controversias judiciales, dando origen a lo que se conoce hoy como jurisprudencia que en términos de Ulpiano en el Digesto al ser citado por Falcón & Tella (2010), es la ciencia y la práctica del derecho definida como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto (pág. 22), por consiguiente, la sabiduría del derecho deviene de la jurisprudencia, al ser el conocimiento pleno utilizado para resolver en forma eficaz una cuestión o problema jurídico determinado (G Jiménez, M César, 2013, pág. 2), desde esta perspectiva se concibe a la jurisprudencia como ciencia del derecho. (Jaimes Jaimes, 2016, pág. 29)

Por otro lado, dentro de este sistema de derecho la ley ha sido concebida como única fuente formal de creación del derecho, no existiendo cavidad en su creación a la jurisprudencia, postura cuestionada de manera reiterativa por doctrinarios del derecho, dando con ello inicio a fuertes debates teóricos, en que se concibe a la jurisprudencia como una fuente autónoma de aplicación y creación del derecho.

4.1.3. La ley como única fuente de creación de derecho en los sistemas continentales

En este orden, se priorizará la negación en los sistemas continentales de concebir a la jurisprudencia como fuente de creación del derecho. Este debate Falcón & Tella (2010) lo ubican temporalmente a finales del siglo XVIII y principios de siglo XIX, al ser un fenómeno posterior a los dogmas de unificación y codificación de la norma escrita del derecho romano, el cual atribuye a la ley el carácter de fuente formal unívoca, al dotar el derecho de unidad, estabilidad, coherencia, esto es ausencia de antinomias y lagunas jurídicas (pág. 60), ya que según Bobbio (1965) el derecho como conjunto de normas generales expedidas por el órgano competente – legislador- le atribuye al orden jurídico racionalidad absoluta y completa para que los jueces resuelvan todas las controversias sometidas a su competencia (Bobbio, N., 1965, pág. 79), al estar la actividad judicial sometida al texto normativo y a la interpretación estricta de la ley, en parte por el culto rendido a esta como única fuente vinculante del derecho (Ramos, 2014, págs. 154-155) en efecto, debe buscarse en la interpretación el espíritu de la ley o la intención del legislador, pues la ley es el único argumento de autoridad al juez. (Botero, 2017, pág. 623)

Esta interpretación exegética en relación a las fuentes del derecho busca dar primacía a la ley, al no haber ninguna fuente equiparable a ella, al ser la voluntad del legislador, por tanto la jurisprudencia no tiene ningún valor ni fuerza creadora. Dicho esto se tiene que los juristas no pueden modificar el sentido que el legislador quiso darle a la ley, al aducir que debe adecuarse a determinados fines, más aun, cuando el único que está facultado para emitir normas jurídicas es el legislador, en sustento a que los jueces no pueden hacer ninguna interpretación creadora ya que estarían usurpando la función del legislador (Daniel, 2012, pág. 21) y atentando contra la organización misma del Estado, además de someter a los particulares a interpretaciones

caprichosas al desconocer el juez el principio de igualdades en la aplicación de la ley (Orozco, 2011, pág. 70) por ello se debe garantizar la sumisión a la norma general soberana fruto de la voluntad general (Botero, 2017, pág. 617), eliminando así toda posibilidad al juez de crear derecho, al encontrarse solo la seguridad jurídica en la norma escrita codificada. (Daniel, 2012, pág. 27)

En cuanto, la codificación es el fundamento de los sistemas estrictamente formalistas en que la norma general y abstracta emana del legislador, en esta interpretación solo las normas jurídicas evocadas por el legislador consagran carácter de fuente auténtica de creación del derecho, según los postulados recogida en el código napoleónico, el cual con sustento en la ley elimino cualquier otra fuente normativa limitando la función judicial al tenor de los textos normativo, sin dar paso al gobierno de los jueces en la presunta interpretación de la ley. (Ferrante, 2013, págs. 30-31)

Esta concepción axiológica de la ley y su codificación, se expandió por Europa y gran parte de los emergentes sistemas derechos latinoamericanos durante los siglos XIX y XX (García Villegas, 2005, págs. 58-59), al suscribirse estos Estados en la familia jurídica continental- romano germánica en que se considera por regla general la ley como única fuente para motivar las decisiones judiciales, al ofrecer la ley reglas de derecho claras y precisas en el mantenimiento de los valores democráticos, el interés general y la seguridad jurídica, en tal sentido los operadores judiciales deben ceñirse a la norma legislada interpretando la intención del legislador en la búsqueda de dar soluciones justas a cada caso concreto, en cuanto el juez no está facultado por la ley a crear derecho. (David R. C.-S., 2010, pág. 76)

En este orden cabe señalar, la absoluta negación dentro de los órdenes jurídicos continentales de posibilitar al juez crear derecho dio surgimiento a nuevas tendencias teóricas en autores como Coke, Blacstone, Hale y Dworkin, siendo este último el más representativo en nuestros días, dicha teoría declarativa advierte, antes que el juez resuelva una controversia judicial hay una ley preexistente, única y determinada a dar solución al caso, si por el contrario no hallare una solución al concebir que el orden jurídico normativo es incompleto, incoherente e indeterminado, tal conclusión es errada y da fe del poder limitado de discernimiento humano, no del orden normativo. En cuanto los órdenes continentales dotan al sistema jurídico desde el derecho legislado de todas las herramientas formales y procesales para dar solución a las controversias

judiciales, en tal sentido no es pertinente facultar al juez para crear derecho, al poder elegir entre varias alternativas normativas. (Orozco, 2011, pág. 72)

En consecuencia, en la obra *Ronald Dworkin y la creación judicial del derecho: una reflexión breve* del autor Manuel J. Rodríguez (1999) se añade a la premisa expuesta en la líneas anteriores, en la resolución de controversias judiciales en casos concretos o difíciles el juez debe observar principios de equidad, justicia y moralidad, al no poder reducirse el derecho a un conjunto de normas emanadas de la voluntad política. En este sentí, el juez no crea derechos como el legislador al tener que resolver con arreglo en principios al carecer de discrecionalidad, ya que según los estándares de razonabilidad del hombre puede interpretar de manera diferente para hallar la solución al derecho u obligación instituida en la controversia judicial a favor de algunas de las litis. En síntesis, la única función que ostentan los operadores judiciales, es decidir conforme a los principios y normas preexistentes sin configurar ello la facultad de crear derecho a partir de juicios de racionalidad o interpretación. (Manuel J. Rodriguez Puerto, 1999, págs. 125-126)

En conclusión, la jurisprudencia en el *civil law* solo tiene poder persuasivo y clarificador cuando se encuentre ambigüedad en la norma jurídica, por ello sus constituciones no reconocen a la jurisprudencia como fuente formal de creación de derecho, es decir como generador de obligación jurídica (Legarre, 2005, págs. 4-5), al tener que la actividad judicial fundamentar las decisiones judiciales en la ley, en este sentido la jurisprudencia no tiene facultad ni competencia para crear derecho, es solo una herramienta de interpretación no obligatoria en la actividad judicial (Pulido C. B, 2005, pág. 214). En efecto, la teoría declarativa admitió los dogmas del iuspositivismo en una concepción más flexible desde la presunción de interpretación del “textura abierto” de Hart; que no admite al juez cree derechos a partir de la resolución de controversias judiciales.

4.1.4. La jurisprudencia como fuente creadora de derecho en los ordenamientos jurídicos continentales.

En este apartado centrará las posturas doctrinarias que atribuyen a la jurisprudencia el carácter de fuente de creadora de derecho, en cuanto el derecho al no ser un ente estático da surgimiento a

nuevas corrientes doctrinarias como la teoría creadora, la cual, según diversos autores atiende a las realidades jurídicas y prácticas del derecho, al ofrecer métodos pragmáticos que evitan a toda costa al derecho convertirse en un simple ejercicio mecánico. (Orozco, 2011, pág. 70)

Uno de los métodos instaurados por la teoría creadora como nueva formas de creación de derecho se encuentra en la jurisprudencia, al poder esta crear nuevas normas, reglas, conceptos y principios desde la resolución de controversias judiciales contenidas de los elementos de integración y unificación, en cuanto no se limita la jurisprudencia a meras interpretaciones del orden jurídico. En este sentido, su función de instancia crítica impulsa y dirige las acciones políticas y sociales al nutrir los contenidos del orden jurídico (Carbonell y Sánchez, M, 1987, pág. 4), interpretando y adaptando las leyes a las cambiantes necesidades sociales al desenvolver el orden jurídico en un proceso que no es ajeno una autentica fuente de creación de derecho. (Montero A, 1984, págs. 72-82)

Al ser insuficientes las normas desarrolladas por el legislador que no puede prever y regular todos los supuestos de una determinada materia en la esfera legislativa, es ahí donde jurisprudencia se viabiliza como una fuente creadora de derecho según Carbonell (1987), al tener que crear la actividad judicial especialmente el juez nuevas figuras jurídicas y ajustar las existentes a las nuevas realidades y necesidades sociales, perfeccionando así los sistemas jurídicos al pulir y determinar instituciones que no están debidamente reguladas en la ley (Carbonell y Sánchez, M, 1987, pág. 5). Esta concepción de la jurisprudencia como fuente de creación de derecho busca suplir el déficit legislativo desde el activismo judicial sobre todo en la jurisdicción constitucional. (Bernal Pulido, 2014, pág. 40)

El jurista Arrellano (2005) por su parte refiere a la jurisprudencia como una autentica fuente de creación de derecho (Arellano, C, 2005, pág. 956) y otros como una fuente formal vinculante, al estar contenida de las decisiones emanadas de los órganos de mayor jerarquía dentro de la rama judicial (G Jiménez, M César, 2013, pág. 10) llamados a formar jurisprudencia a través de la unificación del derecho (Schiciele, C, 2008, pág. 183) que renuevan diariamente los ordenamientos jurídicos al ser las leyes incompletas, en este sentido la jurisprudencia resulta una fuente armónica de creación de derecho. (Rafael Rojina Villegas, 1976, pág. 68)

Por último, la labor integradora realizada por el juez -referenciada con anterioridad- responde a un doble sentido: i) adapta las normas antiguas a las circunstancias actuales e imprevistas a la fecha de su promulgación y ii) integra el sentido de la norma a las tramas del sistema jurídico, al armonizar las nuevas concepciones del derecho a las circunstancias que requieran su adecuación. (Schiciele, C, 2008, pág. 192)

Por su parte Cossio y Corral (1988) determinan, uno de los sentidos de integración en la labor que desempeña el juez es describir la fealdad y vida de la norma para conseguir adaptarla a los problemas planteados en la realidad jurídica como único medio para alcanzar en cada caso o controversia una solución justa, en la que ha de influir elementos morales, consideraciones económicas, políticas y sociales según el momento histórico (De Cossio y Corral, Alfonso, 1988, pág. 102); por otro lado en los lentos procesos de cambios y transformaciones legislativas han sido los jueces a través de la jurisprudencia los que han brindado al orden jurídico soluciones creativas y adecuadas a las circunstancias actuales mediante un razonamiento coherente en caso concreto que llegan a tener aplicabilidad en casos sucesivos análogos. (Calvo Vidal, Felix M., 1992, pág. 47)

Dado a que, la jurisprudencia al contextualizarse dentro de los órdenes jurídicos como un conjunto de decisiones emitida por los tribunales ostenta características de constancia, continuidad y uniformidad sustancial en sus fallos (Carbonell y Sánchez, 1987, pág. 779), puesto que la jurisprudencia continental exige una cierta reiteración o repetición de los fallos de los tribunales competentes para crear jurisprudencia, dicha reiteración y uniformidad viene dada en las soluciones esencialmente idénticas para que las razones en que se fundamente la solución sea la misma, en otras palabras, los supuestos de hechos y derechos deben ser similares para dar la misma solución jurídica solo ahí se habla de casos análogos. Por ello, Monroy Cabra (1973) conceptualiza la jurisprudencia como un conjunto de normas emanada de los jueces que van a regir un número indeterminado de casos análogos, implicando la existencia de una serie de principios doctrinarios y normas generales que se han decidido uniforme y reiteradamente en los fallos judiciales, sirviendo para orientar controversias posteriores análogas. (Monroy, M, 1973, pág. 182)

De allí que Burgao en Carbonell (1987) exprese que la jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integradas uniformemente por autoridades judiciales

facultadas por la ley respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen de cierto número de casos concretos similares que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de la jurisdicción judicial que expresamente señala la ley. Este escenario Carbonell (1987) lo asemeja con el ordenamiento jurídico mexicano donde la Corte Suprema desentraña el sentido de la ley para el efecto de que los juzgadores puedan aplicar esta última en forma debida y con criterio uniforme, al precisar cuándo deben pronunciar el fallo correspondiente. En esta idea, otros autores han trascendido categóricamente en la discusión de la jurisprudencia como fuente del derecho, al indicar que es una fuente equiparable a la ley, que aunque formalmente no se le reconozca como tal, materialmente si por su carácter de imperatividad, abstracción y generalidades de ley que produce su vinculatoriedad en la actividad judicial. (Carbonell y Sánchez, M, 1987, págs. 7-8)

Esta concepción de la jurisprudencia equiparada a la ley ha sido señalada por juristas como Rene David en su obra *los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (2010). Aportado al debate, contrario al principio general de no aceptación de la jurisprudencia como fuente primaria, obligatoria y de creación de derecho en los órdenes jurídicos continentales, algunos países presentan excepciones a esta regla al dar fuerza obligatoria a la jurisprudencia al instigar que los juzgadores deben apegarse a la jurisprudencia en uno o varios precedente por su autoridad vinculante. Dentro de esta lógica se encuentran países como: Alemania, España, Chile, Argentina, Colombia, Suiza, Portugal, Honduras y México. (David R. C.-S., 2010, pág. 106)

En que el valor que ostenta la jurisprudencia en los órdenes jurídicos antes mencionados presentan en algunos de ellos características de norma constitucional como en el caso de Alemania, Chile, Colombia y España donde la Carta Política es: i) norma rectora de todo el sistema jurídico al subordinar las demás fuentes de creación del derecho y la organización estatal (Balaguer, F., 2000) y ii) condiciona la existencia y vigencia de las demás normas que componen el ordenamiento jurídico, al igual que las actuaciones de las autoridades del Estado. (Carbonell, M., 2014)

Para el estudio de la investigación que se adelanta en atención a los textos constitucionales de los países referenciados solo se tomara de referentes comparativos por sus características similares

el sistema jurídico alemán, chileno y español, esclareciendo que Colombia se desarrollara unos acápites especiales, una vez sean abordados los anteriores. Dicho esto tenemos que:

Tabla 1		
Cuadro comparativo referenciados.		
Alemania	Chile	España
<p>El art. 1° inciso 3ro GG de 1949 consagra:</p> <p>Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable</p>	<p>El art. 6° inciso 1 y 2do de la Constitución Chilena de 1980 determina:</p> <p>Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella.</p> <p>Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo</p>	<p>El artículo 9° inciso 1ro de la Carta fundamental de 1978 advierte:</p> <p>Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.</p>

El carácter de norma superior de la Constitución ha conllevado a estos órdenes a desarrollar pautas que garanticen la integridad y supremacía de los preceptos que en ella se integran, en este fin los sistemas referenciados han creados órganos autónomos con funciones especiales de garantes de los principios, valores y derechos basados en los siguientes fundamentos y competencias: *i*) que los preceptos de la Carta Política sean respetados por los órganos del poder público mediante el control concreto o abstracto y *ii*) que las garantías de la norma primaria conlleven a los órdenes jurídicos a dar prevalencia a esta aun cuando se presenten discrepancia con otras disposiciones jurídicas de inferior rango. El órgano encargado de estas funciones debe encontrarse adscrito a la rama judicial del poder público.

Tabla 2	
Cuadro de referencia: el control de constitucionalidad de Alemania, Chile y España	
Alemania	Art. 92 G. G: determina la organización judicial consagrando tres órganos: La Corte Constitucional Federal, los tribunales federales y los tribunales de Länder.
	<p>El art. 93 estipula las Competencias de la Corte Constitucional Federal que grosso modo pueden establecerse como:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Máximo interprete Constitucional facultado para dirimir los conflictos de competencia, alcance, derechos y deberes que puedan presentarse entre los tribunales Federales y los de Länder • El numeral 4a determina la competencia del tribunal Constitucional para conocer sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o de protección Constitucional. • Sobre los recursos de amparo interpuestos por municipios y mancomunidades de municipios por violación a través de una ley del derecho de autonomía municipal establecido en el artículo 28, exceptuándose, sin embargo, aquellos casos de violación por leyes de los Länder en los que quepa recurso ante la Corte Constitucional del respectivo Land
Chile	El capítulo VII en su art. 83 establece plenamente las atribuciones del Tribunal Constitucional las cual sucintamente están dadas en razón al control de constitucionalidad exclusivo que realiza a las leyes en sentido general, impersonal y abstracto, esto es especializado antes de su promulgación al igual a los tratados internacionales que se pretendan integrar al ordenamiento jurídico.
España.	<p>El Art. 9° inciso 1 de la Constitución española de 1978 fija que el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:</p> <p>a) Del recurso de inconstitucionalidad contra la ley y las disposiciones normativas con fuerza de ley.</p>

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades

Este control abstracto en Alemania, Chile y España es totalmente contrario al control *difuso EE.UU* en que esta función es encargada a cualquier juez sin importar su jerarquía o calidades, es por ello que solo consagra *efectos inter partes*, es decir, el fallo de sentencia solo producen consecuencias jurídicas a los sujetos de la controversia judicial, excepto cuando el pronunciamiento sea emitido por la Corte Suprema de Justicia con carácter *erga omnes* (general y futuro). Por otro lado los países de civil law han adoptado la creación de un órgano específico para el control abstracto al ser el *control de constitucionalidad concentrado*. (Mendieta González & Tobón Tobón, 2018, pág. 52)

En principio podría pensarse que Colombia se suma a esta concepción, ya que la Carta Política de 1991 estableció un tribunal con competencias exclusivas sin desconocer la facultad a los jueces ordinarios de realizar el mismo control al aplicar justicia, adoptando *un modelo dual y paralelo* desde los artículos 4 y 241 de la Carta Política que advierten un control difuso y concentrado según Bernal (2002) aunque la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1991 lo haya denominado control “*difuso funcional*”. (Bernal Cano, 2002, pág. 294)

Por otro lado, el Estado colombiano presentó similitud al orden jurídico alemán respecto del alcance atribuido a las decisiones del tribunal constitucional desde el control abstracto y concreto que realiza este como tribunal garante de la supremacía dicha norma, lo cual permitió desarrollar dos criterios a partir de la §31 BVerfG (norma constitucional Alemana “GG”) en su artículo 20 inciso 3 que fijó un sistema de fuentes ligado estrechamente a la división de poder (tres ramas del poder público) y segundo la interpretación lograda del G.G que si bien esta norma consagró los efectos procesales y de ley de las decisiones del BVerfG ella permitió la inclusión del efecto vinculante y por tanto del precedente. (Garcia, 2015, pág. 53)

En *el ámbito colombiano* la Carta Política de 1991 revivió la discusión del valor de la jurisprudencia dentro de las fuentes del derecho, al revaluarse desde el *precedente concreto* las *reglas del stare decisis* en la función de juez de revisión de tutela atribuida a la Corte Constitucional en el año de 1991, al punto que los efectos de cosa juzgada del control abstracto no se hacen extensivo a esta.

En síntesis, los órdenes continentales contemplan carácter autónomo en funciones de control abstracto de carácter erga omnes a un solo órgano jurisdiccional que limita la actividad judicial al impartir justicia, a partir de que esto deben observar y seguir lo establecido por el intérprete autorizado para el mantenimiento de la supremacía de los principios, valores y derechos de la norma prevalente.

5. Contextualización del sistema de fuentes del derecho colombiano en la Carta Política de 1991: un debate desde la teoría jurídica ley vs precedente de control concreto.

De esta manera cabe resaltar, Colombia no ha sido ajena a dicha organización y estructura, pues la Carta Política de 1991 en su artículo 4 advierte un orden jerárquico dentro del sistema de normas jurídicas que va a regir desde el momento. En dicho artículo se le otorga el valor de norma superior a la Constitución Política, al señalar “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicara las disposiciones constitucionales” (art. 4 C. Pol), de este artículo se puede interpretar sumariamente que la ley ocupa dentro de la jerarquía de la norma jurídica el segundo lugar, sin desconocer cómo se verá más adelante su importancia dentro del sistema jurídico colombiano. Por ahora, se puede decir con toda seguridad que esto conllevó a delimitar la concepción *iusfilosofica* y axiológica sobre el ser y deber ser del derecho en el actual ordenamiento jurídico desde el punto de vista de Motta Navas, A. A., Sueli Cock, V., & Corrales Sánchez, M (2012) la expedición de la Constitución Política de 1991 “introdujo cambios sustanciales en materia de concepción del Estado, de principios y derechos fundamentales y de organización estatal”. (Motta Navas, 2012, pág. 9)

Ahora bien, la norma política de 1991 consagró en su artículo 230 el sistema de fuentes del derecho que debía regir en el ordenamiento jurídico colombiano, fue así que las fuentes de derecho adquirieron el reconocimiento de rango constitucional, sin perjuicio de que se pueda disponer de ellas sin contradecir sus mandatos . Esta articulado estableció el principio de autonomía de los jueces y en ella la obligación a la actividad judicial de que en sus providencias solo estén sujetos al “imperio de la ley” como fuente formal del derecho, en otras palabras según

lo expuesto por Fonseca Ramos (1992, págs. 35-36), el imperio de la ley debe ser entendido en su sentido *latu sensu* (sentido amplio) como el derecho positivo escrito que cobija tanto las normas constitucionales como normas legales propiamente dichas, incluyendo a los reglamentos y decretos del gobierno, aunque, obviamente las normas escritas responden a su jerarquía¹⁷. Por otra parte, en lo que respecta a las demás fuentes del derecho, la Carta Política simplifico a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina como meros criterio auxiliares de interpretación en la actividad judicial.

La lectura del artículo 230 de la Carta Política nos transporta a la necesidad de indagar, ¿cuál era el objetivo del constituyente al diferenciar en la actividad judicial las fuentes formales del derecho de los criterios auxiliares?; en primer lugar las fuentes formales atienden al proceso de creación de las normas jurídicas (García Máynez, 1980, pág. 51) es decir, la determinación de la norma jurídica general, impersonal y abstracta que se aplica a todas las situaciones fácticas en que se enmarca el supuesto de las normas. Por otra parte, el cierto auxiliar es el instrumento para la aplicación, interpretación, integración y armonización de las normas jurídicas con la actividad judicial. (Lopez Medina, 2013)

Lo antes enunciado nos conduce a concluir que las fuentes del derecho manifestaron una concepción formalista, al tratar que las sentencias de los jueces ordinarios no se fundamenten en un criterio auxiliar, sino en una fuente formal del derecho. Nótese que hacemos referencia a jueces ordinarios, ya que en la constituyente de 1991 se crea la Corte Constitucional el cual, se estableció como la institución que ha jugado el papel más sustancial en la materialización y el desarrollo del derecho en Colombia (Cerra Nolasco, 2001, pág. 164), al atribuirse la función de salvaguarda de la integridad y supremacía de la Carta política, al ser considerada como norma superior del orden jurídico colombiano (Art. 241.1 y 4° C. Pol) sin desconocer la función de control abstracto y de revisión de las sentencias de tutela como juez de cierre de dicha jurisdicción (Art. 241 C. Pol 8. 9,) demostrado jurisdicción y competencia en la protección de los derechos fundamentales mediante sus pronunciaciones por vía jurisprudencial en control concreto.

¹⁷ La jerarquía normativa ha sido definida como pirámide Kelsen, el cual es usado para representar la jerarquía de las leyes, unas sobre otras y está a su vez, es dividida por niveles, donde se encuentra fundamental (Constitución), y desciende por niveles de abstracción y generalidad hasta la última norma jerárquicamente inferior de legislación positiva. Para conocer sobre este postulado consultar a Hans Kelsen (Teoría pura del Derecho, 1993)

Ahora bien, al retomar el interrogante surgido del artículo 230 de la Constitución Política respecto de si la jurisprudencia es fuente vinculante del derecho o sólo un criterio auxiliar de interpretación se identifica que la Corte Constitucional contempla su propia postura desde el año 1993 en la sentencia C-557 y posteriormente en la sentencia SU-478 de 1997 establece, cuando el constituyente refiere “imperio de la ley” debe ser entendido en este caso como todo el ordenamiento jurídico, al no poderse reducir todo el orden normativo a la palabra “ley”. Añade además en la sentencia C-486 del 1993, la función de intérprete de la norma superior consagra que no puede interponerse ni una hoja de papel entre su interpretación y la Constitución (Sentencia C-113 del 1993), por ello, cuando concurra un conflicto en torno al alcance de su disposición vs un desarrollo normativo expedido por el Congreso y la interpretación sea efectuada por ella prevalecerá su interpretación, por cuanto ella es la guardiana de la supremacía de la Carta Política. (Sentencia T-292 del 2006)

En síntesis, el constituyente contrarió a lo que exponen los exegéticos del derecho busca ampliar el espectro jurídico sobre el cual puede moverse la actividad judicial al fundamentar sus decisiones con arreglo al orden jurídico, dado que el juez no se limita a aplicar una ley en su tenor literal, por el contrario debe conciliar la norma legislada mediante las interpretaciones globales y sistemática emanada por la Corte Constitucional en su función de intérprete y salvaguarda de la Carta Política. (Bernal-Cano, 2010, pág. 13)

5.1. La jurisprudencia constitucional fuente vinculante de la actividad judicial: doctrina constitucional.

De modo que la discusión jurídica en desarrollo centra el debate en si la jurisprudencia es fuente vinculante del derecho o un criterio auxiliar de interpretación a la actividad judicial, en que se partirá desde las sentencias en control abstracto y concreto emanada por la Corte Constitucional para identificar los elementos generales de ley que comporta la jurisprudencia desde la labor de salvaguarda e intérprete de la Carta Política sumado a la función de unificador del orden jurídico, es viable señalar que en este apartado se integraran del mismo modo las tesis doctrinarias contrarias a su vinculatoriedad dentro del orden jurídico colombiano.

Establecido el orden anterior, se tiene que la Corte Constitucional con el pasar de los años ha sido revolucionaria en el carácter que contempla sus interpretaciones dentro del orden jurídico colombiano, aunque en sus primeros años de vida jurídica existieron al interior de esta corporación luchas constantes entre los magistrados tradicionalistas y los proponentes reformistas, al limitarse los primeros a la interpretación exegética de los artículos 230 y 243 de la C. Pol (Gutiérrez González, Helton David, 2013, pág. 385) lo cual, se refleja en las sentencias C-113 y C-131 ambas de 1993, que reafirman, el efecto inter partes de las sentencias en control concreto, pues en su autonomía funcional se mantiene ortodoxa al mandamiento de los preceptos del artículo 230 de la C. Pol. (Lopez Medina, 2006, págs. 34-38)

No obstante, durante el año 1992 empezaron a resonar entre magistrados la necesidad de unificar la jurisprudencia constitucional especialmente en la protección de derechos fundamentales, vinculando no solo a los operadores judiciales, jurídico y administrativos sino también a los particulares y a todo a que desempeñara funciones públicas (Jaimes Jaimes, 2016, pág. 64). En esta idea, la Corte Constitucional no ceso, por ello desde la sentencia T-006 de 1992, advierte la necesidad de unificar jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, posteriormente en el año 1993 mediante la sentencia T-018 determina que su jurisprudencia debe ser coherente, universal y consistente para garantizar unos mínimos de certeza jurídica en el mantenimiento del principio de igualdad, al estar obligada la actividad judicial a impartir igual tratamiento en casos futuros análogas. Esta postura es consolidada en el mismo año en las sentencias T-292; T-289; T-306 al referir, la uniformidad del ordenamiento jurídico es dable desde la doctrina constitucional como el argumento que debe ser seguido por los agentes jurídicos, administrativos y particulares.

Luego, en la sentencia hito C-104 de 1993 que hace control abstracto al artículo 21 del decreto 2304 de 1989, acusado de vulnerar el precepto del artículo 230 C. Pol al determinar la accionante que las decisiones judiciales no pueden fundarse en criterios auxiliares como la jurisprudencia, sino que deben sustentarse en la ley. Aquí, la Corte Constitucional aprovecha la oportunidad para acentuar la postura que venía desarrollando en la necesidad de unificar su jurisprudencia en los siguientes argumentos:

i) Debe establecerse el mantenimiento de la supremacía constitución en el orden jurídico;
para ello se requiere un ordenamiento unificado en el que si una norma inferior desconoce la

supremacía de la Carta Política, sea retirada del ordenamiento jurídico mediante la acción de inconstitucionalidad, nulidad o inaplicada; pero, si al realizar el control de legalidad a la norma acusada se hallare que esta no infringe sus preceptos axiológicos ni las interpretaciones hechas por la Corte Constitucional se encuentra el juez ordinario vinculado de manera directa, al no poder este inaplicar la norma superior bajo ninguna argumento, al precisarse que la ratio decidendi del control abstracto y concreto contempla carácter vinculante no persuasivo a la actividad judicial.

ii) Si se unifica la jurisprudencia; se podrá alcanzar la unidad del ordenamiento jurídico, de no hacerlo cada juez al momento de interpretar la ley le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica, en cuanto las personas no podrían saber en un momento dado cual es el derecho que rige en un país.

iii) El fin de unificación de la jurisprudencia es: 1) asegurar la efectividad de los derechos y colaborar así en la realización de la justicia material -art. 2° C. Pol-; 2) procurar exactitud; 3) conferir confianza y credibilidad a la sociedad civil para con el Estado a partir del principio de la buena fé de los jueces -art- 83 C. Pol-; 4) unificar interpretaciones razonadas disminuyendo así la arbitrariedad; 5) permitir estabilidad; 6) otorgar seguridad jurídica material a partir de lo justo; y 7) llenar los vacíos jurídicos generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales.

Es por ello que desde este periodo, empieza a tener una mayor relevancia la necesidad de unificar e integrar la jurisprudencia desde la doctrina constitucional como un conjunto de decisiones comunes emitidas por la Corte Constitucional, al dotar el ordenamiento jurídico de unos mínimos de certeza, coherencia, razonabilidad, seguridad jurídica e igualdad que deben ser asegurados a los ciudadanos. (Salinas Arenas, M. A, 2012, pág. 202)

5.1.2. Voces de unanimidad: integración del precedente de tutela de la Corte Constitucional en Colombia.

En este fin, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-083 de 1995 estableció de manera clara los fines de la doctrina constitucional para con ello integrar la doctrina de precedente de

tutela, al especificar que esta última es un criterio vinculante a la actividad judicial cuando se desarrolle los criterios de interprete y unificador de la norma superior que trascenderan a criterio obligatorio en la reivindicación del valor de la norma superior en su función integradora e interpretativa, no pudiéndose limitar su aplicación aquellas situaciones que no exista una norma legislada aplicable, pues en ello se estaría desconociendo mandato de norma superior.

Esta pronunciación conllevó a la Corte Constitucional a replantear el carácter que venía dando al precedente en las fuentes del derecho, ya que desde la sentencia T- 123 de 1995 se quitan los matices y limitaciones al alcance del precedente de tutela en control concreto, al indicarse que es vinculante a la actividad judicial al afianzar los principios de igualdad y seguridad jurídica en el mantenimiento de un orden jurídico justo y coherente, al ser deber “del derecho tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos y similares, anteriores, presentes o futuros” (Bernal Pulido, 2008, pág. 92), en tal sentido el juez ordinario que pretenda apartarse de este deberá motivar las razones en que se aparta de lo contrario estará desconociendo los mandatos de la Carta Política. (Sentencia C-037 de 1996)

Esta nueva postura no fue aceptada de manera totalitaria por todos los agentes del Estado, es por ello que el Congreso de la República buscó ponerle pautas al acalorado desarrollo del precedente de tutela, al formular el proyecto ley 58 de 1994 y 264 de 1995, el cual buscaba en su artículo 48 establecer como única interpretación de carácter vinculante de la Carta Política las hechas por el Congreso en su función de interprete autorizado de la norma, es de anotar que en el ejercicio de las competencias de control abstracto la Corte Constitucional hizo estudio de constitucionalidad al proyecto ley mediante la sentencia C-037 de 1996 en la cual desvirtuó jurídicamente las pretensiones del legislativo, al interpretar el artículo 241 de la C. Pol de 1991 en que el constituyente originario otorga de manera exclusiva la función de interprete y salvaguarde de los preceptos, principios y valores de la norma superior, que no debe ser confundida con lo enunciado en el artículo 150 de la C. Pol, dado que es competencia del legislador interpretar los textos normativos no los establecidos en el artículo 241 de la C. Pol.

Esta postura es seguida por autores como Lonchero Gomez (2012), para el cual el legislador no puede limitar la interpretación ni la fuerza erga omnes de los criterios dictados por la Corte Constitucional en el control abstracto que hace de la norma, al ser esta garante de la supremacía e integridad de la Carta Política por sus efectos obligatorios innegables hacia el futuro, excepto

cuando la Corte en sus sentencias module el alcance y contenido de sus decisiones (Lonchero Gámez, J. C, 2012, pág. 170). Otro alcance desarrollado por la sentencia en mención es referenciado como criterio auxiliar de la “cosa juzgada implícita” que unge como criterio obligatorio cuando guarde relación directa e indecible con la parte resolutive de la sentencia, de lo contrario tendrá carácter persuasivo.

No obstante, las sentencias de tutela contemplan criterio auxiliar, excepto si la acción de tutela es objeto del control concreto y en ella se determinó el alcance y contenido de derechos fundamentales, para este caso el juez ordinario deberá motivar las razones en que se aparta de la línea trazada por la Corte Constitucional aplicable al caso concreto so pena de menoscabar el principios de igualdad.

Vale aclarar, dentro del ordenamiento jurídico colombiano la discrepancia en la teoría jurídica respecto del valor vinculante del precedente constitucional obligatorio no está dado entorno al control abstracto sino frente al control concreto o de revisión de tutela que hace el garante de la Carta Política, en cumplimiento del artículo 241 de la C. Pol. (Lopez Medina, 2006, pág. 36)

Por esta razón, se empiezan a afianzar las reglas de stare decisis en la búsqueda de dar un mayor alcance al control concreto mediante las sentencias C-175 de 1997; T-321 de 1998 y la sentencia T-556 de 1998 que diferencian al estilo del derecho anglosajón la parte que vincula al juez en la sentencias, en esta medida es pertinente el siguiente interrogante *¿qué parte de la sentencia constituye precedente concreto vinculante, cómo hacer para identificarlo?*

5.1.3. Reglas del stare decisis en el precedente de tutela de la Corte Constitucional colombiana.

En la búsqueda de dar respuesta al interrogante anterior, en este acápite se estudiarán las directrices de la sentencia SU-047 de 1997, al ser la primera sentencia en el orden jurídico colombiano que unifica las diferencias entre *ratio decidendi*, *decisum* y *obiter dictum*, que han sido extraídas mediante un alto nivel de análisis estático de jurisprudencia del sistemas de derecho anglosajón (Parra, M.V, 2004, pág. 257) incorporados al derecho colombiano.

5.3.1. La *ratio decidendi*: parte vinculante y reiterativa de la sentencia

De esta manera la ratio se constituyó como la parte resolutive de la sentencia, al estar contenida de la razón de la decisión (Bernal Pulido, 2008, págs. 90-93), la cual, determina el antecedente vinculante, entiéndase como una especie de paradigma de solución frente a casos análogos que puedan ocurrir con posterioridad. (Santofimio Gamboa, 2010, pág. 24)

En esta lógica, la ratio decidendi debe comprender dos elementos: i) la identificación y ii) la ratificación; el primero determina: a) la norma objeto de decisión de la Corte Constitucional, b) el referente que sirvió de base a la decisión y c) el criterio determinante de la decisión. Ahora bien, el elemento de identificación constituye en sí mismo una regla tan precisa que permite determinar efectivamente si la regla dada se ajusta o no al caso concreto; (Lonchero Gámez, J. C, 2012, pág. 170) ya que las reglas incorporadas determinan el alcance de la disposición jurídica, al indicar lo que se prohíbe, permite, ordena o habilita para el caso concreto.

En otras palabras, la ratio de la sentencia dictamina el principio jurídico que vincula a los agentes judiciales, particulares y en general todo aquel que desempeñe funciones públicas a dar igual tratamiento en casos que comportan situaciones fácticas similares o análogas, al ser el precedente constitucional una regla de derecho obligatoria en la resolución de controversias judiciales. (Bernal Pulido, 2008, págs. 90-93)

Sin embargo, para efectos de la investigación se *propone conceptualizar a la ratio decidendi como la parte reiterativa de la sentencia que vincula a la actividad judicial, al salvaguardar derechos, principios y valores supremos constitucionales*, dado que el juez ordinario para emitir una decisión judicial debe identificar y analizar previamente fallos anteriores que resulten vinculantes al caso concreto, en este objetivo debe analizar cuál es la parte que lo vincula en la sentencia, es decir: a) si en ella se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver previamente, b) si los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior son semejantes o plantean un punto de derecho análogo al caso concreto que debe resolver. Hecho este estudio, si el juez no se encuentra vinculado en la aplicación del precedente al caso concreto estará legitimado para apartarse de dicho precedente so pena de trasgredir los principios de

igualdad y seguridad jurídica, en cuanto la ratio decidendi es la parte de la sentencia que determina la solución de casos análogos futuros.

Lo descrito de manera sucinta establece que la ratio decidendi es la única parte de la sentencia que vincula a la actividad judicial a seguir el precedente constitucional, al hallarse en este la prevalencia de los principios de seguridad jurídica, igualdad y supremacía de la Carta Política, que garantizan al ciudadano igual tratamiento ante la ley.

5.3.2. Decisum

Por otro lado, al decisum no le es atribuible el carácter vinculante por cuanto en ella se determina el sujeto procesal a quien le es confiere el derecho u obligación dentro de la controversia judicial, (Sentencia SU047, 1999) al no ser el fundamento jurídico sino la resolución concreta del caso. (Bernal Pulido, 2008, págs. 90-93)

5.3.3. Obiter dictum

Por último, los obiter dictum son afirmaciones teóricas generales que cumplen un papel secundario en la fundamentación de la decisión, al ser todas aquellas reflexiones adelantadas por el juez para motivar sus fallos, que no están lineadas con la razón de la decisión. (Bernal Pulido, 2008, págs. 90-93) En otra interpretación, los obiter son teorías abstractas que pueden llegar a tener relevancia en la teorización del derecho, pero no obligan al operador judicial a acatarlas, en cuanto solo constituye precedente obligatorio la ratio decidendi de la sentencia aplicable al caso análogo posterior.

De manera que la parte que vincula a la actividad judicial en la sentencia es la ratio decidendi, al estar contenida de las razones en que el juez constitucional motivar el fallo del control concreto en su activismo judicial, asegurando no solo la prevalencia de la Carta Política sino también los

mínimos de derechos que deben ser salvaguardado al ciudadano en la permanencia de un orden jurídico justo, coherente y unificado que permita igualdad de trato ante la ley.

En este fin mediante la sentencia SU-047 de 1999 se consolida las garantías procesales constitucionalizadas que comporta las tutelas objeto de control concreto, al afirmar que por medio de este: i) se salvaguarda los derechos y principios supremos de la Carta Política desde la ratio del control concreto que debe ser obedecida y seguida por los jueces ordinarios cuando se encuentren vinculados en casos futuros análogos, ii) afianza la seguridad jurídica al permitir la ratio de tutela del control concreto unificar el derecho de manera justa y coherente y iii) este tipo de precedentes en su ratio se constituye como un mecanismo de control judicial

Esta postura no desconoce la armonización del orden jurídico que venía dictando las Corte Constitucional desde el año 1995, pues las reglas del *stare decisis* traídas del derecho anglosajón a los sistemas jurídicos continentales- romano germánico al que pertenece Colombia, posibilitaron los fines del Estado social de derecho adoptado por el constituyente primario en el año 1991, en cuanto estas reglas especialmente las de la ratio decidendi que vinculan a la actividad judicial al momento de impartir justicia, eliminan la posibilidad de emitir decisiones judiciales arbitrarias o subjetivas, en cuanto el juez ordinario debe seguir la ratio del precedente concreto, el cual asegura la prevalencia de los derechos fundamentales al dar igual tratamiento en casos futuros análogos desde la interpretación global y sistemática de la Carta Política hecha por el salvaguarda de su supremacía. (Taruffo, 2007, pág. 88)

En cuanto este tipo de precedente está contenido de las reglas del precedente horizontal, el cual integra y unifica las decisiones del órgano de cierre de la jurisdicción para el caso colombiano Corte Constitucional, a quien se atribuyó la competencia de crear su propia línea jurisprudencial, cambiar su precedente en función de interprete y salvaguarda de la supremacía de la Carta fundamental y al juez ordinario la obligación de seguir lo dictado por este en virtud del carácter vinculante que ostentan sus decisiones en casos análogos futuros en que debe darse la misma solución jurídica, ya que según la sentencia C-816 de 2001 el juez ordinario solo puede de este cuando motive las razones en que se aparta.

Caso que no aplica a los precedentes judiciales, los cuales conllevan a los jueces de menor jerarquía a acatar las decisiones emitidas como ratio de sentencia por el superior jerárquico, sin

poderse apartar igualmente de sus propias pronunciaciones, dable precisar que en el orden jurídico colombiano este tipo de precedente es el que contempla la función auxiliar o clarificadora, que puede tener fuerza normativa vinculante como fundamento de derecho no de decisión como en el del control concreto. (Poveda Rodríguez, A, 2015, pág. 6)

En esta idea, el juez ordinario en su labor conciliadora debe acatar lo emanado en la ratio del control concreto por el órgano de cierre de la jurisdicción y en su defecto, analizar las transformaciones socio jurídicas que se han presentado para apartarse, al ser competencia de los jueces ordinarios realizar control de constitucionalidad a los precedentes aplicable al caso concreto, en que no puede desconocerse las realidades socio jurídicas. Es pertinente precisar, la carga de fundamentar las razones en que el juez ordinario se aparta de lo emanado por el órgano de cierre no limita la autonomía judicial contenida en el artículo 230 de la C. Pol dado que el precedente concreto se incorporado a la supremacía de la Carta Política establecida por ella en el artículo 4, al prevalecerse dentro de la ratio del control concreto derechos fundamentales que integran todo el orden jurídico. (Sentencia C-836 de 2001) Es por ello que en la sentencia T-468 de 2003 se estableció, si el juez ordinario no fundamenta los supuestos de hecho y de derecho en que se aparta de la ratio que le vincula en un caso concreto estará desconociendo de manera directa la Carta fundamental y sus principios inviolables.

En este supuesto, la Corte Constitucional siguió estructurando el carácter vinculante de sus decisiones como juez de revisión de tutela por los derechos fundamentales que se incorporan en su ratio decidendi los cuales unifican la interpretación de la norma superior asegurando un orden jurídico justo y coherente.

5.4. Parámetros establecidos por la Corte Constitucional a la actividad judicial para apartarse del control concreto de tutela.

Es por ello que este acápite se observarán las medidas desarrolladas por la Corte Constitucional para blindar parámetros de vinculatoriedad y fundamentos en los que los jueces ordinarios se pueden apartar de su precedente del control concreto, en el objetivo de no contrariar la autonomía y discrecionalidad que le asiste al juez en su actividad de impartir justicia, sumado a la necesidad de mantener un orden jurídico unificado, coherente y justo donde las garantías de la Carta Política

sean prevalentes, en esta necesidad se empiezan a desarrollar subreglas en palabras de López Medina (2002) el primer antecedente se halla en la sentencia C-836 de 2001, donde el salvaguarda de la norma primaria establece cuatro supuestos en los cuales la actividad judicial puede apartarse, esto es: i) por cambios legislativos, ii) cambios en la realidad social (económicos, sociales o políticos) y iii) cuando la jurisprudencia respecto de un determinado caso es imprecisa o contradictoria. (págs. 86-87)

Sumado a los factores anteriores, la sentencia T-292 de 2006 estableció parámetros de exequibilidad de la ratio del control concreto, en que el juez una vez haga un análisis global y sistemático de la ratio hallé que esta es inexecutable al caso concreto deberá inaplicarla, por el contrario si hallaré que es executable al caso concreto estará obligado acatarla, debido a los derechos fundamentales prevalentes inmersos en la parte motiva de la decisión que lo vincula.

Se hace pertinente indicar, las subreglas aplicables para ajusticiar y prevalecer los derechos fundamentales en Colombia encuentran una estrecha relación con las facultades atribuidas al juez estadounidense en el derecho anglosajón (control difuso), en cuanto el juez colombiano al aplicar un precedente de tutela objeto del control concreto a un caso específico debe observar no solo si se halla vinculado, sino también parámetros de constitucionalidad y utilidad social mediante juicios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad al materializar de derechos fundamentales. Esto es propio de los Estados sociales de derecho, al no tratarse sólo de un orden jurídico rígido pues debe atenderse a los cambios socio jurídico, que en palabras del jurista García Barrios (2006) “el derecho debe adaptarse al contexto social en el que le ha tocado mediar como mecanismo de regulación social de conflictos: si la sociedad cambia el derecho ha de transformarse con ella”. (Garcia-Barrio, T., 2006, pág. 129)

En este caso las reglas de aplicación del control concreto de tutela atienden al tejido social al renovar el derecho y su interpretación, en cuanto el derecho como hecho social debe atender a las transformaciones socio-jurídicas que se presenten, ya que según López Medina (2006), estos cambios conllevan a que el precedente deba ser actualizado y en su inaplicación el juez deberá argumentar de manera rigurosa las nuevas circunstancias que sean suficientemente poderosas para justificar desigualdad en el trato. (pág. 171) Es decir, la aplicabilidad vinculante del control concreto tiene mayor significado cuando puede dar una idea clara del sentido y alcance de los contenidos jurídicos, al trascender de norma positiva a norma social, dado a los principios, valores

y derechos que se salvaguardan al ciudadano en la ratio decidendi, en la búsqueda de mantener un orden jurídico justo y coherente. (García Villegas, 2005, pág. 99)

Bajo esta regla, en el año 2011 se unifica los criterios que sirve de fundamento al juez ordinario para apartarse de la ratio decidendi del control concreto, a saber: “a) ausencia de identidad fáctica, b) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente, c) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial”. (Sentencia C-816, 2011, Fundamento Jurídico 5.4.3.5) En la búsqueda de preservar la unidad y coherencia del orden jurídico sin que ello implique trasgredir otros derechos fundamentales. (Sentencia C-634 de 2011)

A modo de conclusión, el orden jurídico colombiano al adaptar las reglas en que la actividad judicial puede apartarse de la ratio del precedente de tutela objeto del control concreto establece principios de reiteración en sus fundamentos de decisión, es decir los principios de supremacía Constitucional, seguridad jurídica e igualdad, los cuales no afectan ni desconocen la autonomía judicial, pues lo que se busca es prevalecer un orden jurídico unificado, justo y coherente en el que el ciudadanos se le aseguren unos mínimos de derechos para establecer una confianza legítima hacia la actividad judicial, al mantener igual trato en situaciones jurídicas análogas.

5.5. Contrincantes axiológicos de la obligatoriedad del precedente de tutela Corte Constitucional en Colombia.

Se hace pertinente indicar como se verá desarrollado en este subcapítulo, no todos los agentes del Estado están de acuerdo con la postura desarrollada por la Corte Constitucional respecto de la vinculatoriedad del precedente concreto de tutela y sus reglas de stare decisis traídas del derecho anglosajón para obligar a la actividad judicial a seguir dicho precedente, siendo este solo una fuente auxiliar del derecho no una fuente formal.

Esta postura, ha llevado a afirmaciones fuertes como la del jurista Tamayo (2009), que ha señalado “el imperio de la ley no es formalismo de la ley, sino el respeto a los textos normativos, dada la vaguedad del lenguaje, se buscaba la interpretación más justa, sin desconocer la medula de la norma positivista”. (Tamayo, 2009, pág. 9), Es por ello que el juez ordinario en su autonomía

judicial se encuentra sometido solo a la fuente formal no a interpretaciones de fuentes auxiliares, que no contemplan las características de generalidad, abstracción e imperatividad que contienen las normas legisladas, es esta posición el precedente de tutela solo cumple funciones persuasivas por lo que generalmente no es una fuente obligatoria, pues esta no genera obligaciones jurídicas en los órdenes continentales- romano germánico al que pertenece Colombia. (Legarre, 2005, pág. 4)

Bajo este supuesto, en Colombia no se puede hablar de precedentes y menos conferirles facultades de ley como obligatoria (Gomez García, 2011) por cuanto, no le compete al juez determinar la organización social a través de leyes de carácter general, ya que escapa de su función crear derecho, al estar con ello contraviniendo la organización del Estado (Schiele Manzor, 2008) en consiguiente, el precedente no esta bajo los postulados de validez y eficacia propuestos por Kelsen H (1993). En cuanto, las normas jurídicas determinan por si misma el contenido de las decisiones judiciales de manera silogística, restringiendo al juez la posibilidad de no optar por soluciones alternativas, pues el juez en ningún caso debe inaplicar una norma que resuelva una controversia judicial previamente dictada por el sistema jurídico. (Stone, 2002)

En esta lógica, la Corte Constitucional bajo el supuesto del principio de igualdad busca legitimar un precedente obligatorio que no es viable en un ordenamiento jurídico como el colombiano, al no existir nada más contrario y arbitrario a los preceptos de la ley que los fallos violatorios a la autonomía judicial que los dictados por la Corte Constitucional, pues el mandato de la Carta Política vincula al juez en su actividad judicial al imperio de la ley legislada (Tamayo & Jaramillo, 2012, págs. 29-30) como única fuente formal del derecho que vincula y obliga, resultando arbitrario y desafiante al teto legal y constitucional el precedente del control concreto con carácter vinculante, (Tamayo, 2009, pág. 9) sumado a ello, el activismo de la Corte Constitucional como mecanismo de poder y sometimiento a la actividad judicial trasgrede los principios de legalidad, al no respetar lo emanado del artículo 230 de la C. Pol conculcando en desacato. (Gutiérrez González, Helton David, 2013, pág. 402)

Por su parte Montoya (2011) al citar a Hans Kelsen reafirma las postura que venían dictando otros jurista al advertir, en los sistemas continentales donde el ordenamiento jurídico ha delegado al legislador la facultad de crear el derecho, no se puede obligar a ese sistema a acatar de manera estricta teorías o formas de concebir otros tipos de derecho como el common law, donde el

derecho es creación a través de los tribunales facultados, pues las sentencias judiciales, para este caso precedente son la continuidad no el comienzo de producción del derecho, ya que al limitar la autonomía judicial se estará retrocediendo el derecho y con él la sociedad (Montoya, L. E, 2011)

En síntesis, los opositores de la obligatoriedad del precedente de tutela objeto del control concreto encuentran sus fundamentos en la estructura misma de los sistemas continentales romano-germánicos, al concordar en sus pronunciamientos a la ley como única fuente donde yace el derecho, es por ello que en su autonomía judicial solo esta obligados a motivar sus providencias en el imperio de la ley, el cual no hace parte el precedente en mención pues este sólo es un criterio auxiliar de clarificación de la norma cuando esta sea ambigua, oscura o no haya una norma aplicable al caso concreto. (Art. 230 C. Pol)

De lo abordado hasta aquí, es dable reflexionar en torno a los interrogantes trazados en los inicio del capítulo respecto del carácter de la jurisprudencia en las fuentes del derecho colombiano, en principio se tuvo que esta solo tenía un valor persuasivo dado que el artículo 230 de la Constitución Política de 1991 atribuyó carácter de fuente auxiliar a la jurisprudencia dentro de la actividad judicial, y a la ley según los exegéticos del derecho carácter de única fuente formal del derecho, postura seguida por la Corte Constitucional hasta el año 1995, año en que empieza a establecer la necesidad de unificar la jurisprudencia de su jurisdicción, especialmente en función de juez de revisión de tutela, que conllevarían a unificar los criterios de aplicación e interpretación de los derechos fundamentales para proveer al ciudadano las garantías de igualdad de trato ante la ley, limitando así interpretaciones caprichosas y arbitrarias en la actividad judicial al resolver controversias futuras análogas.

De manera seguida en los años 1998 y 1999 se empezaron a integrar al orden jurídico colombiano las reglas de stare decisis para establecer los parámetros de vinculatoriedad y aplicabilidad del precedente de tutela del juez constitucional, de modo que se estableció a la ratio decidendi como la parte de la sentencia que vincula a la actividad judicial al estar contenida de la razón de la decisión en que se salvaguardan derechos y principios fundamentales como igualdad, seguridad jurídica y supremacía de la Carta Política postura que tomó mayor fuerza hacia los años 2001 al 2006, en que se endurecen los pronunciamientos entorno a la vinculatoriedad del precedente en mención, al indicar los parámetros en que el juez ordinario puede apartarse de este y la necesidad de atender a las transformaciones socio jurídicas previo control de

constitucionalidad de la ratio del control concreto que lo vincule en el caso concreto, pues lo que se busca es salvaguardar los derechos fundamentales incorporados en la ratio para establecer un orden jurídico justo y coherente en que el ciudadano reciba igual trato ante la ley.

En el objetivo de mantener dicha coherencia y justiciabilidad de los derechos y principios fundamentales incluidos en la ratio de tutela la Corte Constitucional instaura desde el año 2008 figuras legales y constitucionales para asegurar la obediencia de la actividad judicial al precedente de tutela que ella emane.

5.6. Las figuras legales y constitucionales instauradas por la Corte Constitucional en la obediencia de su precedente de tutela.

En la intención de presentar las figuras instauradas en el orden jurídico colombiano para la obediencia del precedente de tutela en control concreto, en este acápite se analizarán de manera especial las sentencias C-335 de 2018, C-590 de 2005 y la T-027 de 2018, en cuanto la ratio de tutela del control concreto debe ser protegida y asegurada por los derechos fundamentales individuales y colectivos que en ella se salvaguardan. (Gargarella, R., 2000)

5.6.1. Prevaricato por acción

En esta lógica, uno de los mecanismos adelantados por la Corte para obligar a la actividad judicial a seguir la ratio decidendi del control concreto integrado como precedente, se halla el prevaricato por acción incorporado al orden jurídico colombiano mediante la sentencia C-917 del 2001 y consolidada en la C-335 de 2008., en que se trazará la siguientes pregunta ¿hay lugar a prevaricar por acción por inaplicación del precedente concreto?

Este interrogante encuentra respuesta a partir del año 2008, al incorporarse como un tipo penal en el que puede conculcar no solo la actividad judicial sino todo aquel que desempeñe funciones

públicas al proferir providencias, conceptos, fallos o resoluciones que contravengan o desconozcan las leyes procesales y de precedente concreto, en cuanto::

(...) la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares. (Sentencia C-335, 2008, pág. Fundamento Jurídico 8.1)

De lo referido se desprende la coherencia que emana al orden jurídico el precedente concreto en que se asegura la vigencia de los derechos fundamentales contenidos en la ratio de tutela, al garantizarse igualdad de trato ante la ley, al esto permitir “una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos”. (Sentencia C-335 de 2008) En que se reiteran los mandatos de supremacía de la Carta Política, igualdad y seguridad jurídica que no pueden ser desconocidos por los agentes del Estado en sus funciones, las cuales se rigen por la misma Carta Política que ordena garantizar al ciudadano igual tratamiento ante la ley. Hallándose claramente obligados a seguir el precedente de tutela del juez de revisión, al ser el órgano encargado de unificar los criterios de interpretación y salvaguardar la supremacía de la norma fundamental, por tanto sus pronunciamientos se integra al ordenamiento jurídico colombiano como fuente vinculante del derecho. (Londoño Bedoya, 2014, pág. 213)

Por otro lado, la aceptación de este tipo penal por inaplicación del precedente concreto de tutela genero notables debates dentro de la teoría jurídica, en cuanto se ha señalado por parte de diversos doctrinantes que este tipo de precedentes contempla carácter auxiliar de fuente del derecho, por ende el ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia Tamayo (2012) advierte:

La amenaza que la misma Corte, en fallo reciente hace a los jueces que desconocen uno de sus precedentes obligatorios, como pasibles del delito de prevaricato por ese motivo, es la peor y más atemorizante de las armas para que los jueces obedezcan precedentes que

muchas veces consideran injustos para su caso concreto. Se trata de la momificación del formalismo jurisprudencial...En consecuencia, un precedente obligatorio que desconoce el texto de la Constitución y de las leyes es supremamente peligroso porque destruye el principio de legalidad y convierte a los jueces de rango inferior en simples autómatas de la voluntad de las altas Cortes. (Tamayo Jaramillo & Jaramillo , 2012, págs. 4-5)

En interpretación de Tamayo (2012), el prevaricato por acción es una atemorizante amenaza a la autonomía y discrecionalidad que le asiste al juez en su actividad judicial, convirtiéndose este Tribunal en un órgano autoritario que obliga al juez aplicar un precedente que tal vez considera improcedente y debe de motivar las razones su inaplicación, lo cual es totalmente adverso a la administración de justicia, pues la Corte limita, amenaza y vulnera los principios, valores y derechos que está llamado a salvaguardar mediante este tipo penal que limita a la actividad judicial al no ser una fuente auxiliar que clarifique el sentido de los textos normativos sino que le obliga a seguir interpretaciones que no están dentro del imperio de la ley que rige al orden jurídico colombiano.

Lo que lleva a pensar que este vaivén axiológico no cesará, la Corte Constitucional por su parte consolida su postura de la obligatoriedad de seguir su precedente sentado mediante el control concreto, pues como asegura el jurista Ospina, A (2013) en lo único que ha cedido la esta corporación es en enunciar los parámetros en los cuales la actividad judicial puede apartarse de su precedente sin prevaricar, es decir bajo los parámetros de la sentencia C-836 de 2001 o cuando el agente del Estado conculque en dicho tipo penal cuando haya una norma difícil de interpretar. (Mendoza Anaya, 2005, pág. 220)

De esta manera puede sintetizarse que este tipo penal procede cuando el operador jurídico de manera arbitraria y caprichosa desconoce el precedente sin fundamentar los parámetros que le asisten para apartarse de este, violando de manera directa la Carta Política por los derechos, principios y valores que se encuentran integrados en la ratio del control concreto que aseguró la vigencia de un orden jurídico justo y coherente, en que se garantice al ciudadano igualdad de trato ante la ley, que al mismo tiempo asegura la prevalencia de la Carta Política al viabilizar la unificación de criterios de aplicación e interpretación que permitan igual solución en casos futuros análogos.

5.6.2. Tutela contra sentencia judicial.

Además del prevaricato por acción, existen otro tipo penal incluido en los parámetros establecidos a la actividad judicial para seguir el precedente de tutela de la Corte Constitucional, el cual será desarrollado es este acápite a través de las sentencias C-590 de 2005 y T-072 de 2018.

En la intención de contextualizar, la Corte Constitucional mantuvo una postura renuente desde 1992 en sus líneas jurisprudenciales respecto a la aceptación de la acción de tutela como mecanismo de protección a las decisiones judiciales, en razón: i) a la autonomía judicial; ii) el principio de cosa juzgada y iii) la estructura descentralizada de las distintas jurisdicciones. (Sentencia C-543 de 1992) Postura reevaluada mediante la sentencia C-590 de 2005 al flexibilizar su pronunciamiento en los parámetro de utilidad social en que el derecho debe responder a las transformaciones socio-jurídicas en que deben asegurarse de manera sustancial los derechos.

Es así, como se incorporan al orden jurídico colombiano los *requisitos generales* de procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección contra las sentencias judiciales:

i) que el caso subexamen sea de relevancia constitucional; ii) que haya agotado todas las vías procesales y extraprocesales de defensa judicial al alcance de la persona afectada; iii) que la tutela se haya interpuesto dentro del término –razonable y proporcional- a partir del hecho que origino la vulneración; iv) que haya violación al debido proceso o alguna irregularidad procesal que cobije directamente con la sentencia, la impugnación y en su defecto los derechos fundamentales de la parte actora; v) la violación a derechos fundamentales por pruebas ilícitas incorporadas al proceso judicial susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, en este caso no se estima la relevancia Constitucional; vi) que la parte actora individualice de manera razonable los hechos que generaron la vulneración en el proceso judicial, es decir, que haya alegado la vulneración judicial en el proceso judicial cuando le hubiera sido posible y vii) que la sentencia que se impugna en sede de tutela no corresponda a su vez, a una sentencia que haya definido una acción de tutela. (Sentencia C-590 de 2005)

No obstante, en el año 2018 se produce un nuevo precedente mediante la sentencia T-072 de 2018 que condiciona las causales de procedencia de los requisitos generales de la sentencia C-590

de 2005 en su numeral séptimo al notificar al juez ordinario las causales de excepción en que procede la acción de tutela contra tutela, esto es:

(i) Cuando se acredita la existencia de la cosa juzgada fraudulenta en una sentencia de tutela proferida por otro juez distinto a la Corte; (ii) Cuando el juez de tutela vulnera un derecho fundamental con una actuación realizada en el marco del proceso de tutela y antes de proferida la Sentencia; (iii) Cuando el juez de tutela vulnera un derecho fundamental con una actuación durante el trámite del incidente de desacato. (Sentencia T-072 del 2018, pág. Fundamento Jurídico 38)

Ahora bien, la acción de tutela como mecanismo de protección a las sentencias judiciales que desconozcan leyes procesales o la constitución vulnerando al mismo tiempo derechos fundamentales que hacen conducente la procedencia de la acción, dado que la tutela contra tutela asegura la vigencia de los principios de igualdad y otros que deben ser salvaguardados para la concreción de un orden jurídico justo y coherente en que no se violente la cosa juzgada ni los principios de seguridad jurídica, es por ello que la sentencia 590 de 2005 además de los criterios generales, establece unos específicos de procedencia de la tutela contra sentencia judicial, esto es por: a) defecto orgánico; b) defecto procedimental absoluto; c) defecto factico; d) defecto material o sustancial; e) errores inducidos; f) decisiones sin motivación; g) desconocimiento del precedente; y g) violación directa de la Constitución. (Sentencia C-590 del 2005)

En estos eventos se consagra la tutela como un mecanismo por excelencia de protección a los ciudadanos contra sentencias judiciales que contravengan en sus decisiones los mínimos de derechos que deben ser asegurados al ciudadano para la sostenibilidad de un orden jurídico justo y coherente. Es trascendental indicar que la vigencia de estos derechos no son una constitucional sino también de carácter internacional al aprobar por medio del legislativo tratados internacionales que deben de prevalecer en los órdenes jurídicos entre los cuales se encuentra El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros que obligan a los Estados suscriptos a crear mecanismos breves, sencillos y eficientes de protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos, ante cualquier acción u omisión de las autoridades públicas que puedan amenazar o vulnerar sus derechos. (Araujo-Oñate, R. M, 2011)

En esta línea es dable hacer un análisis retroactivo a la sentencia C-836 del 2001, en que se consolida los tres pilares fundamentales del precedente concreto de tutela en su ratio decidendi, los cuales se simplifican en los principios de supremacía constitucional, igualdad y seguridad jurídica como fundamentos de unificación de los criterios de interpretación para la construcción de un orden jurídico justo y coherente al garantizar al ciudadano igual trato ante situaciones jurídicas análogas futuras, en esta medida este tipo de precedentes han trascendido de fuente auxiliar del derecho, en cuanto el juez ordinario debe acatar lo emanado por el juez constitucional o apartarse en los parámetros que este ha establecido so pena de conculcar en prevaricato por acción o dar procedibilidad a la tutela contra sentencia judicial.

En cuanto el precedente en mención permitió a la Corte Constitucional: a) reevaluar su doctrina en la búsqueda de asegurar la vigencia de la supremacía de la Carta Política, b) eliminar la posibilidad de decisiones judiciales arbitrarias o caprichosas, al ser el precedente un mecanismo de control judicial, c) abrir el debate de la vinculatoriedad del control concreto en la jurisdicción común (Lopez Medina, 2006, pág. 73), al obligar a los operadores judicial a contra-argumentar de manera clara y precisa los fundamentos de hecho y de derecho en que se pretenden apartar de la ratio que los vincula en un caso concreto.

La postura de la Corte ha sido respaldada en el derecho internacional, al que está limitada la actividad judicial, legislativa y ejecutiva respecto de los derechos fundamentales como derechos supremos al estar inmersos en la Carta Política (Bovero, 2008, pág. 218), que contempla jerarquía superior dentro de las normas jurídicas y en las fuentes del derecho, en que de manera amplia se integra la ratio del precedente concreto, al ser el resultado del ejercicio legítimo del intérprete a quien se le ha confiado la obligación de mantener su jerarquía y al juez ordinario seguir y acatarla en la resolución de controversias judiciales futuras análogas. (Cano, N. V., & Llano, J. V, 2015, pág. 66)

En esta medida se hace necesario reflexionar sobre los efectos de reevaluación que han llevado al precedente del control concreto a tener fuerza vinculante en las fuentes del derecho, que conllevan al juez ordinario a tener que seguirlas o fundamentar las razones en que se aparta.

5.7. El precedente concreto de tutela de la Corte Constitucional en colombiana.

En el fin de desarrollar lo anterior, se propone en este subcapítulo iniciar por la introducción de la tutela al orden jurídico colombiano y la función de control concreto de la Corte Constitucional que ha viabilizado la reevaluación de sus efectos dentro de las fuentes del derecho. En este sentido, la Constitución Política de 1991 integró por primera vez al orden jurídico colombiano la acción de tutela como mecanismo legal y constitucional tendiente a asegurar la protección de los derechos fundamentales frente acciones u omisiones de las autoridades públicas que los amenacen o vulneren. (Art. 86 C. Pol)

Es así, como un año más tarde resulta necesario regular el artículo 86 de la Carta Política mediante el decreto 2591 de 1992 que blinda los caracteres de celeridad y eficacia en la protección de los derechos fundamentales. Por otro lado la norma superior facultó a la Corte Constitucional como intérprete de los derechos, principios y valores de la Constitución al ser la norma suprema del orden jurídico, del mismo modo le atribuyó la competencia exclusiva de juez de revisión de tutela (Art. 241 C. Pol) una vez se haya agotado las pertinentes instancias ante el juez ordinario.

En esta medida, las sentencias que son de manera excepcional escogidas para ser objeto de revisión por el juez constitucional, permiten efectuar a estas comparaciones entre lo resuelto por el juez ordinario y las prohibiciones de la Carta Política, a efecto de orientar y unificar los criterios de interpretación y aplicación del precedente del control concreto, desde ese punto de vista estrictamente jurídico, (Sentencia 428 de 1992) en esta medida es pertinente plantear el siguiente interrogante, ¿las sentencias de tutela de la Corte Constitucional contemplarán los mismos efectos de modulación que las tutelas resueltas por los jueces ordinarios?.

Planteado este interrogante, se debe iniciar por estudiar cuales son los tipos de vinculatoriedad que ostentan la ratio de tutela en control concreto, ya que en primera medida el artículo 36 del decreto 2591 de 1992 indica de manera exegética que las sentencias de tutela objeto de revisión solo surten obligaciones jurídicas a las partes inmersas en la controversia, es decir efecto inter partes

No obstante, debido a los derechos fundamentales que se aseguran mediante la ratio de tutela en control concreto en la búsqueda de preservar un orden jurídico unificado, justo y coherente en que se asegure al ciudadano igual trato ante la ley la Corte Constitucional estableció causales en las cuales puede extenderse los efectos de modulación de la ratio.

El segundo argumento que se ubica en esta pauta es la competencia que le asiste para determinar los efectos de modulación de sus fallos según la línea jurisprudencial de las sentencias C-113 de 1993; SU-1023 de 2001; T-203 de 2001 y la T-293 de 2005, en que se establece, modular los efectos de la ratio permitirán mayores garantías en la protección y aseguramiento de los derechos fundamentales dentro de los Estados Sociales de Derecho, al estar directamente relacionados con derechos y principios que permite la unificación y coherencia del orden jurídico para impartir justicia, al prevalecer la igualdad de trato ante situaciones jurídicas análogas, sumado a los principios de supremacía constitucional y seguridad jurídica. (Sentencia T-227 de 2003) Que al poseer carácter obligatorio garantizan la justiciabilidad y respecto a los derechos fundamentales. (Sentencia T-290 de 1995).

Lo expuesto concluye la competencia que tienen la Corte para determinar el alcance de sus decisiones en el ejercicio de intérprete y salvaguarda de los derechos, principios y valores de la Carta Política, mandato que puede ser garantizado desde el precedente del control concreto en que se garantiza la prevalencia de los derechos fundamentales, de ello deviene la necesidad de extender los efectos de modulación de la ratio en control concreto.

5.7.1. Los efectos de modulación de la ratio decidendi de tutela de la Corte Constitucional.

En consecuencia de lo anterior, se hace conducente en este acápite analizar las causales en que debe mantenerse el efecto inter partes y aquellas que deben extenderse sus efectos de modulación inter pares o inter comunis.

5.7.1.1. Efecto inter partes en sentencias de tutela.

En esta idea, el primer efecto de modulación que se halla en las sentencias de tutela es el inter partes, el cual solo produce consecuencias jurídicas a las partes inmersas en el proceso judicial, es decir la interpretación constitucional de la sentencia de tutela hecha por el juez ordinario vincula unívocamente en su decisión a los que conforman la litis que da nacimiento a la acción (Monroy Pajoy, Patiño Pelaéz, & Pérez Marín, 2017, pág. 7), tal como lo refiere el artículo 48 de la ley 270 de 1992 al enunciar: “las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes”, de ahí, que las ordenes inferidas a particulares o autoridades públicas sean destinadas a satisfacer derechos fundamentales únicamente de la parte que activaron la jurisdicción (González Manrique, 2014, pág. 176), al añadir la sentencia C-335 de 2018, las decisiones de tutela producen efectos solo para el caso concreto, al interpretar tácitamente el artículo 36 del decreto 2591 de 1992.

Es de anotar que a pesar de la regla general del alcance *inter partes* de las sentencias de tutela ante el juez ordinario, esta pueden expandir su modulación a terceros cuando sean objeto de control concreto por la Corte Constitucional en su función de juez de revisión de tutela, (numeral 9 del artículo 241 C. Pol) a causa de los derechos y principios supremos que se integran en la ratio del control concreto, en que deben asegurarse igualdad de trato ante la ley en casos futuros análogos de ahí que procedas los mecanismos desarrollados en el orden jurídico colombiano antes vistos como lo es el desacato por acción y/o tutela contra sentencia judicial, pues desconocer el precedente sentado por la Corte Constitucional es desconocer la Constitución (Legis Ámbito jurídico, 2017), en razón a que la ratio del precedente Constitucional en el control concreto se determina su obligación:

- i) Para garantizar el carácter normativo de la Constitución como norma de normas; (ii) para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad y del derecho de acceso a la administración de justicia; (iii) para garantizar la seguridad jurídica y el rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el

sistema jurídico, y (iv) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima. (Sentencia T-233 del 2017, Fundamento Jurídico 7.3)

De esta manera se asegurar un efecto mayor a las sentencias de tutela, la cuales solo proceden cuando estas son objeto de revisión por la Corte al contener su ratio unos mínimos de derechos que deben ser garantizados al ciudadano en la búsqueda de prevalecer un orden jurídico unificado, coherente y justo en que el ciudadano reciba igual trato ante la ley en situaciones jurídicas análogas para con ello garantizar la supremacía de la Carta Política y la seguridad jurídica de los derechos fundamentales..

5.7.1.2. Efecto inter pares.

Este efecto inter pares encuentra sustento en la supremacía de la Carta Política (Art. 4 C. Pol) dado a que su aplicación está directamente relacionada con las extensión de los efectos de la excepciones de inconstitucionalidad a terceros que no se encuentran vinculados de manera directa a la controversia judicial, pue lo que busca esta excepción es inaplicar una norma y aplicar de manera preferente la Carta Política, a modo de ejemplo: en asuntos de tutela que concurren conflictos de competencia se deberá inaplicar el decreto 1382 de 2000 y dar aplicación directa al artículo 86 de la Carta Política, siempre que se presente los siguientes hechos:

- a) Que la excepción de inconstitucionalidad resulte de la simple comparación de la norma inferior con la Constitución, de la cual surja una violación, no sólo palmaria, sino inmediata y directa de una norma constitucional específica, tal y como ocurre en este caso.
- b) Que la norma constitucional violada, según la interpretación sentada por la Corte Constitucional (...).
- c) Que la inconstitucionalidad pueda ser apreciada claramente, sin que sea necesario sopesar los hechos particulares del caso y, por lo tanto, la inconstitucionalidad no dependa de tales hechos (...).
- d) Que la norma inaplicada regule materias sobre las cuales la Corte Constitucional ha sido investida por la Constitución de una responsabilidad especial, como es el caso de la acción de tutela y la protección efectiva de los derechos fundamentales, en virtud del artículo 241 numeral 9 y del inciso 2

del artículo 86 de la Carta. e) Que la decisión haya sido adoptada por la Sala Plena de la Corte en cumplimiento de su función de unificar la jurisprudencia o haya sido reiterada por ella (...). (Auto-071 de 2001)

Este efecto de modulación precisa el carácter superior que ostenta la Carta política dentro del ordenamiento jurídico colombiano en la protección efectiva y material de los derechos fundamentales, en lo cual, los jueces ordinarios no puede caer en sustentos de competencia para trasgredir la inmediatez que contemplan los derechos fundamentales en los órdenes constitucionales.

De esta manera puede concluirse que la extensión de este efecto consagra características propias que lo diferencian del efecto *inter partes*, pues este solo determina obligaciones jurídicas y amparo de derechos a los sujetos inmersos en la litis, por el contrario el efecto *inter pares* vincula a todos los jueces ordinarios al momento de conocer de una acción de tutela en la cual debe acatar y seguir lo establecido por la Corte Constitucional en asuntos de competencia e inmediatez de los derechos fundamentales, al prevalecer la Carta Política para inaplicar leyes jurídicas.

5.7.1.3. Efecto *inter comunis* en sentencias de tutela de la Corte Constitucional.

Por otro lado como se observara en el desarrollo de este acápite el efecto de modulación *inter comunis* es propio del precedente del control concreto en que se extienden sus efectos de modulación con carácter *inter comunis*, lo cual conlleva al juez ordinario a acatar y seguir de manera obligatoria la ratio de este tipo de precedentes por los derechos, principios y valores constitucionales que se aseguran en esta al ser el mayor alcance de modulación que pueden ostentar la ratio de tutela de la Corte Constitucional.

En este sentido, mediante su función de juez de revisión de tutela la Corte identifica que hay “situaciones especialísimas” en que la acción de tutela puede afectar los derechos de terceros que aun no acudiendo a la acción pueden verse vulnerados sus derechos al pertenecer a una comunidad. En este sentido, las tutelas objeto del control concreto deben contener efecto *inter*

communis, el cual permite un mayor alcance a *rartio decidendi*, es decir extender los efectos vinculantes de la *ratio de tutela* a personas que se encuentre en igual o similar vulneración de derechos fundamentales, aun sin estos haber acudido a la acción de tutela, al ser obligación de los Estado amparar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, sin desconocer igual trato a otros que sin haber acudido a la acción de tutela se encuentran en situaciones similares. Es por ello, que la Corte Constitucional en el ejercicio de sus atribuciones legales y constitucionales ostenta la competencia para determinar el alcance de sus fallos, al trascender del efectos inter partes en las sentencias SU- 1023 de 2001, SU-636 de 2003, T-205 de 2004, T-292 de 2006, T-586 de 2006, T-146 de 2016 y T-622 de 2016.

De ahí que en la sentencia SU-1023 de 2001 se encuentre el primer antecedente del efecto inter *communis* en Colombia, el cual legitimó la obligatoriedad del precedente de control concreto, al ampararse los derechos de los pensionados de la Flota Mercantes S.A, sin importar que no todos los pensionados habían adelantado la acción de tutela, pues encontró la Corte que el tribunal de segunda instancia desconoció los postulados de igualdad, legalidad y seguridad jurídica al no extender los efectos de la sentencia a los no accionantes (indeterminados o determinados), lo cual generó posteriores tratos desiguales, al existir circunstancias especialísimas en que la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solo de los accionantes.

En este sentido expresó la sentencia SU-1023 de 2001 los requisitos excepcionales que deben ser observados por el juez ordinario para proceder los efectos de la modulación *inter communes*: a) que la protección de derechos fundamentales invocada mediante la acción de tutela atente contra derechos fundamentales de otros que no han activado la jurisdicción, b) que se encuentre en común condiciones los accionantes y no accionantes, al requerirse que la amenaza o violación del derecho fundamental sea el mismo en circunstancias similares, y c) que el fallo de control concreto que haga la Corte contenga la fuerza suficiente para amparar y proteger los derechos fundamentales igualmente vulnerados de los tutelantes y no accionantes. (Sentencia SU-1023 de 2001)

En que estas exigencias de procedibilidad del efecto inter *communis* en control concreto se presenta según Botero Marino (2006):

i) Para evitar que la protección del derecho de uno o algunos de los miembros del grupo afectara los derechos del otro; ii) para asegurar el goce efectivo de los derechos de todos los miembros de una misma comunidad; iii) para responder al contexto dentro del cual se inscribe cada proceso; y iv) para garantizar el derecho a acceder a la justicia que comprende la tutela judicial efectiva. (pág. 180)

Al analizar la Corte que el efecto *inter comunis* en el caso subexamen resultaba pertinente al proceso de liquidación obligatorio de la CIFM, al determinarse que todos los pensionados pertenecían a una comunidad en situaciones de igualdad de participación, en este supuesto debió el juez de segunda instancia evitar desequilibrios injustificados entre los pensionados extendiendo los efectos de la ratio de tutela a todos aquellos que ostentaban la calidad de pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. sujeta a liquidación obligatoria, al resaltar los dos momentos del alcance de dicha ratio: i) amparar los derechos de los accionantes y ii) extender los efectos de la ratio a casos futuros en que se pueda llegar a presentar violación o vulneración de derechos fundamentales a determinados o indeterminados que se encuentren en la misma situación de debilidad manifiesta o amenaza latente de sus derechos fundamentales. Es por ello, que la Corte Constitucional busca asegurar los derechos de una comunidad amparada bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho sean accionantes o no accionantes, determinados o indeterminados, pues deben mantenerse la supremacía de la Carta Política y la seguridad jurídica, lo cual permite igualdad de trato ante caso jurídicos análogos y la unificación de un orden jurídico justo y coherente. (Sentencia SU-1023 de 2001)

Posteriormente el Tribunal Constitucional durante los años 2003-2004 reitera la posibilidad de ampliar los efectos *inter comunis* de la ratio de sentencias de tutela objeto del control concreto por la Corte Constitucional, en la intención de prevalecer los derechos fundamentales en las sentencias SU-636 de 2003 y T-205 de 2004 en que determina los *elementos esenciales y específicos* que deben presentarse en el caso concreto para que se puedan extender los efectos de modulación *inter comunis* de la ratio del control concreto, a saber: a) se trate de personas en la misma situación de hecho, b) identidad de los derechos fundamentales vulnerados, c) identidad

del hecho generador de la vulneración, d) identidad del deudor o accionado, c) existencia común del derecho a reconocer y f) identidad de las pretensiones. Una vez sean observados en el caso concreto los elementos identificadores, ordena la Corte que deberá notificarse al accionado por el medio más expedito la providencia y sus efectos con el fin de evitar que las personas que no fueron partes de la acción de tutela interpongan otra acción. (Sentencias SU-738 de 2003)

Este garantismo, que consagran las sentencias de tutela en sus efectos *inter comunis* ha sido precisado por la Corte mediante la sentencia T-292 de 2006, al indicar, las sentencias de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano no contemplan un mandato que obligue a la actividad judicial a acatar y obedecer la ratio decidendi de estos fallos, no obstante dicha interpretación no puede ser entendida de manera estricta, en cuanto hay excepciones constitucionales que conllevan al juez ordinario a tener que acatar y seguir dicho precedente una vez sea objeto de revisión la sentencia de tutela por la Corte Constitucional y se integre su ratio al precedente del control concreto, al prevalecer en su parte motiva los principios de supremacía de la Carta Política en que se aseguran los principios de seguridad jurídica el cual permite igualdad de trato ante la ley al tener que fallarse de la misma manera los casos futuros análogos en que se identifiquen los requisitos excepcionales de su procedencia, al permitir la ratio decidendi del control concreto la unificación del orden jurídico con carácter justo y coherente en donde no se afecten los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En esta línea, la sentencia T-146 del 2016 reitero los fines que contempla el efectos *inter comunis* al expresar: el único objetivo de este tipo de modulación es preservar los principio de supremacía de la Carta Política al prevalecer los principios de igualdad, celeridad, eficacia, seguridad jurídica y legalidad mediante la ratio del control concreto del precedente, en que se unifican los criterios de interpretación y aplicación constitucional de los derechos fundamentales.

Es de anotar, que pese a los continuos pronunciamientos de la Corte Constitucional en esclarecer a la actividad judicial, abogados y el público en general los efectos limitados de las sentencias de tutela en que se extienden los efectos *inter comunis*, aún hay confusión con el efecto *erga omnes del control abstracto*, en esta situación se pronuncia nuevamente la Corte Constitucional en la Sentencia T- 583 del 2006 en los lo siguiente términos:

Nunca los efectos de la decisión de tutela son erga omnes; en todos los casos, aun en aquellos en que la decisión de tutela rebasa los efectos estrictamente inter partes del proceso, éste se traba entre una persona o personas que denuncian la vulneración de sus derechos fundamentales, y otra u otras a quien o quienes se imputa dicha violación[...].Es decir, los efectos de la decisión primeramente se producen siempre entre las partes del proceso, sin perjuicio de que, en eventos especialísimos, [...],puedan extenderse a terceras personas en virtud de las figuras de efectos inter pares o inter comunis. Nunca, se repite, tales efectos son erga omnes. [...]. (Sentencia T-583 del 2006, Fundamento Jurídico 23)

De esta manera deja claro que los efectos erga omnes son propios del control abstracto de constitucionalidad de los numerales 1, 4, 5, 7, 8 y 10 del artículo 241 y 243 de la C. Pol, al determinar la Corporación que sus fallos de constitucionalidad como juez positivo o negativo son de obligatorio cumplimiento (Lopez Medina, 2006, pág. 56). En lo cual, no hay lugar a equívocos con el efecto *inter comunis* de casos especialísimos en que se extienden la ratio de tutela del control concreto a los sujetos procesales, y a todos aquellos que sin haber presentado la acción puedan verse amenazados o vulnerados en sus derechos fundamentales al presentar la misma situación jurídica caso en el cual deben extenderse los efectos de inter partes a inter comunis para salvaguardar la supremacía de la Carta Política que permite unificar la interpretaciones constitucionales sobre los derechos fundamentales en su seguridad jurídica, pues debe dar la actividad judicial igualdad de trato en la aplicación de la ley, estos principios son asegurados desde el precedente del control concreto al obligarse al juez ordinario a seguir y aplicar la ratio de este tipo de control siempre que sus efectos sean inter comunis. Al ser considerados los derechos fundamentales derechos prevalentes dentro de los órdenes jurídicos.

Es dable señalar que el precedente del control concreto con efecto de modulación inter comunis que ha permitido la justiciabilidad y efectiva protección de los derechos fundamentales mediante la prevalencia de la Carta Política en los principios de seguridad jurídica e igualdad, han permitido unificar las interpretaciones constitucionales de los derechos fundamentales al dar igual trato ante situaciones jurídicas análogas, pues le asiste la obligación al juez ordinario de seguir el precedente y aplicarlo. Este desarrollo ha sido fundamentado en teorías constitucionales que han sido

integradas al ordenamiento jurídico colombiano desde el año 1991 por parte de la Corte Constitucional para legitimar su activismo judicial, dentro de estas teorías se encuentran el neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano.

6. El neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano: corrientes teóricas de la Corte Constitucional colombiana para legitimar el activismo judicial y los elementos de reiteración de su ratio de tutela.

Es por ello que en este subcapítulo se analizará los fundamentos en que la Corte Constitucional integra las teorías de neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo para legitimar el activismo judicial que ha permitido la justiciabilidad de los derechos fundamentales desde el precedente concreto de tutela, en que se garantiza en su ratio los principios de supremacía de la Carta Política y seguridad jurídica para unificación de los criterios de interpretación de los derechos constitucionales fundamentales que permitan igualdad de trato al ciudadano cuando se presenten situaciones jurídicas análogas, supuestos que se proponen desde esta investigación como los elementos de reiteración de la ratio que han llevado a la Corte a reevaluar el alcance y rango que ocupa su ratio de tutela en control concreto en las fuentes del derecho colombiano.

En este último término se lineará por fines últimos de la investigación el estudio a las dos teorías antes mencionada, por cuanto son ellas las que enmarcan el activismo judicial de la Corte Constitucional a partir de la Constitución Política de 1991, y sobre todo, los elementos esenciales que estas teorías incorporan para determinar la existencia de “reiteración en la *ratio decidendi* de las sentencias tutela”, cuando estas son objeto revisión por parte de la Corte Constitucional con efecto de modulación inter comunis.

Antes que nada, se debe precisar que la Corte Constitucional es una institución relativamente reciente en Colombia, por lo tanto, como se expresó enfáticamente en el transcurso de la investigación; este órgano Constitucional ha jugado un papel fundamental en la interpretación y el desarrollo del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. No obstante, aunque esta Corte ha obtenido una gran evolución teórica desde sus inicios (año 1992), está a su vez, se ha visto

inmersa en dos corrientes protagonistas de la transformación teórica constitucional como lo son: el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. (Llano J. , 2017, pág. 13)

La Corte Constitucional en el desarrollo de su actividad judicial, recurre a estos postulados teóricos para fundamentar sus providencias,¹⁸ incorporando ciertos elementos esenciales a estas. Sin embargo, no sobra advertir que en principio, estas teorías a primera vista son antepuestas, es decir, que en su aplicación y desarrollo *iusteórico* son contrastadas con rasgos diferenciadores en algunos de sus postulados (Salazar Ugarte, 2013, págs. 376-377); aun así, estas teorías objetivamente se complementan en sus principales axiomas y -especialmente, en su objetivo- esto es, el razonamiento sobre el acceso al Estado constitucional-. (Pastor, R. V., & Dalmau, R. M., 2010, pág. 6)

Las teorías en relación, desempeñan un papel esencial en la concepción del actual Estado Social de Derecho, consagrando postulados como la supremacía de la norma constitucional, acompañada de un profuso catálogo de derechos fundamentales, principios y valores, tal como se observara a continuación.

6.1. Teoría del neoconstitucionalismo:

El análisis precedente nos sitúa en primer lugar, en el estudio de los postulados teóricos del neoconstitucionalismo¹⁹, la cual sirve de base para comprender las transformaciones ocurridas en el derecho constitucional de los países de tradición germano-románica (Barroso, 2010) citado por (Lascarro Castellar, 2012, pág. 61). De acuerdo con Carbonell (2010) el Neoconstitucionalismo pretende:

[...] explicar un conjunto de textos que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones

¹⁸ Cabe resaltar que estas teorías no son las únicas que han tenido asidero en Colombia, de igual forma se puede referir al positivismo, neopositivismo, el garantismo entre otras. (Llano J. V., 2012)

¹⁹ El término Neoconstitucionalismo fue acuñado a la Susanna Pozzolo durante el XVIII congreso de filosofía jurídica social celebrada en Buenos Aires Argentina en el año 1997.

que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. (Carbonell M. , 2010, pág. 161)

En otras palabras, esta teoría es la manifestación del desplazamiento hermenéutico a “la crítica teórica hacia posturas doctrinales de tipo ‘positivista’ o ‘formalista’ y, por otro lado, como una doctrina filosófica enfocada hacia las potencialidades ofrecidas por el gran número de derechos y valores reconocidos en los textos constitucionales”. (Pozzolo, 2016, pág. 142)

El término neoconstitucionalismo está pensado como un conjunto de doctrinas; que reúnen y destacan elementos diferenciadores del positivismo y la constitucionalización del derecho. Esta teoría amplía los parámetros de validez de la norma fundamental (Constitución), reemplazando el conocido principio dinámico del sistema jurídico de Kelsen (Gómez, 2007). Que de acuerdo con Sussana Pozzolo (2016) identifica al sistema jurídico, específicamente a la Constitución la cual se asemeja a:

Una pirámide, aunque la razón de su unidad ya no se encuentra (tan solo) en su carácter nomodinámico (Kelsen, 1960), sino también (y sobre todo) en su carácter nomoestático (Ferrajoli, 2009 y 2009). *Lo que caracteriza a esta constitución es precisamente la inclusión de principios que irradian todo el ordenamiento jurídico, determinando su contenido semántico.* (Énfasis fuera del texto original). (Pozzolo, 2016, pág. 144)

La teoría neoconstitucionalista se basa, según lo expone Paolo Comanducci en la adopción de un modelo axiológico de la Constitución concebida como norma (Comanducci, 2002, pág. 98), designada como aquel conjunto de reglas jurídicas positivas de características fundamentales respecto a las demás reglas normativas del ordenamiento jurídico, pero que pasan a ser «Constitución», en razón, del particular contenido que expresan, y no en razón del sujeto que ha redactado el documento (Pozzolo, 1998). Esta teoría se caracteriza –según lo expuesto- por otorgar un papel más importante de la norma constitucional, ya que está en relación con el derecho; “es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la

jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”. (Comanducci, 2002, pág. 95)

Desde la posición de Viciano Pastor & Martínez Dalmua, las constituciones bajo este modelo “no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de ordenación de ciertos fines y objetivos” (Pastor, R. V., & Dalmau, R. M., 2010, pág. 2). En síntesis, el neoconstitucionalismo pretende alejarse de un modelo paleo-iuspositivista de Estado legislativo de derecho o modelo de Estado legal, a convertirse en un Estado constitucional de derecho o Estado constitucional. (Ferrajoli, 2001)

Ahora bien, Miguel Carbonell en su obra *Neoconstitucionalismo(s)* (2006). Establece que la fenomenología neoconstitucional se incorpora en el sistema jurídico cuando se cumplen tres factores a saber: 1) una nueva Constitución, 2) unas renovadas prácticas jurisprudenciales y 3) desarrollos teóricos novedosos.

Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991 se suscribió en esta teoría (Bernal Pulido, 2005, pág. 149), cuando cumplió los tres factores aducidos por Carbonell; los cuales son resumidos por García Jaramillo en su escrito *Constitución como provisión e irradiación constitucional: Sobre el concepto de “neo-constitucionalismo* (2008, págs. 90-91); cuando expresa que el ordenamiento jurídico Colombiano se suscribió en este modelo (neoconstitucionalista) al procurar aplicarla y desarrollar dentro del propio contexto socio-jurídico: 1) *la existencia de la nueva Constitución*; el autor hace referencia a la carta política de 1991; 2) *las renovadas prácticas jurisprudenciales*: reconoce a la jurisprudencia de la Corte Constitucional ese papel por el desarrollo de los derechos fundamentales y salvaguarda de la carta política; y 3) *los desarrollos teóricos*: el autor refiere que estas son llevadas por los profesores y académicos de las principales facultades de derecho que han contribuido de singular forma con la evolución y sofisticación paulatinas de nuestro derecho.

Para los juristas Jainer E. García Gómez & William F. Hurtado Quintero en su obra *la función creadora de derecho de los jueces Neoconstitucionalistas en la justicia transicional Colombiana* (2019, pág. 79). Refieren que Colombia, tras la promulgación de la Constitución Política de 1991 es considerada por muchos la primera carta política del neoconstitucionalismo en latinoamérica.

De esta forma en Colombia, “la Constitución dejó de ser un simple referente conceptual sujeto a las resueltas del vertical imperio de la ley a dirigir y condicionar decisivamente la acción política del Estado”. (Correo, 2012, pág. 35)

Ahora bien, la actividad judicial con esta teoría adquirió una nueva connotación con la Corte Constitucional como agente garante de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, entre otros elementos que de acuerdo con García Jaramillo (2008) se relacionan esencialmente con:

[...] la interpretación y aplicación del derecho, la reformulación de nuestro sistema de fuentes y el subsiguiente descenso de la ley del sitio que ocupaba en el podio de las fuentes del derecho, el papel del juez en la creación de derecho, la legitimidad de la justicia constitucional, la relación entre el derecho y la sociedad, el carácter vinculante de los principios, la consideración de la fundamentalidad de los derechos sociales y la procura de su justiciabilidad judicial, entre otros. (García Jaramillo, 2008, pág. 91)

En síntesis, la teoría neoconstitucionalista encauzó al ordenamiento jurídico colombiano a un modelo constitucional, en donde la norma constitucional adquiere un papel y un valor más primigenio como norma fundante en el sistema de fuentes del derecho, desplazando a la ley a un segundo plano dentro del orden jerárquico (Kelsen H. , 1993). Sin embargo, la incorporación a este modelo de Estado constitucional, dio lugar a una profunda transformación de la cultura jurídica de Colombia a partir, concretamente, del discurso referido a los principios y a los valores constitucionales. De acuerdo con Sergio Estrada Vélez (2011); La adopción de los principios en Colombia se constituyeron como límites al ejercicio del poder del Estado, los cuales encontraron fundamento en los derechos fundamentales y normas que determinan la validez de las restantes normas del ordenamiento; como simple consecuencia lógica, cambios en la teoría jurídica derivados de la necesidad de adaptar el discurso jurídico legalista-formalista a uno axiológico-deontológico a través, a modo de ejemplo, de una reformulación de las fuentes del derecho. (Vélez, S. E, 2011, págs. 50-51)

Por otra parte, la teoría neoconstitucionalista dimensiona la actividad judicial bajo unos parámetros interpretativos nuevos, a partir de un razonamiento judicial más complejo; las cuales

entran en juego “las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de efectos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio pro personae”. (Osorio Gómez, 2016)

La Corte Constitucional en su desarrollo jurisprudencial, prolífero y revolucionó la cultura jurídica positiva (formalistas) y permeó las instituciones públicas. Sin embargo, los rasgos más característicos de esta corriente se encuentran en las acciones públicas de inconstitucionalidad; la cual promovió la democracia al facilitar la participación ciudadana en la armonización de las normas que integran el ordenamiento jurídico con respecto a la Constitución como Norma Superior, y la acciones de tutela -como rasgo más significante de esta teoría-; la cual acercó el Estado a la cotidianidad y tradujo el derecho escrito a resultados concretos de satisfacción de la justicia material. (Correo, 2012, pág. 35)

6.2. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

A partir de la teoría neoconstitucionalista, y sobre todo la consagración de la Constitución Política de 1991; esta acarrió consigo, la primera manifestación constituyente que define un punto de inflexión en la evolución constitucional no solo latinoamericana, sino mundial. (Noguera-Fernández, A., & de Diego, M. C, 2011, págs. 17-18)

El nuevo constitucionalismo latinoamericano o constitucionalismo sin padres (Dalmau, 2008) (en adelante N.C.L), se presenta como una nueva evolución constitucional, que como se hace referencia, principia en 1990 (en Colombia) con “una Asamblea que estuvo convocada en primera instancia para reformar la Constitución de 1886, a partir de las facultades del poder constituyente originario que le reconoció la Corte Suprema de Colombia, redactó y puso en vigencia la Constitución de 1991”. (Ordóñez, 2016, pág. 179) Este proceso constitucional, causó una serie de cambios de gran importancia para el constitucionalismo de la región, principalmente, en materia de derechos y garantías constitucionales.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, aparece aún de forma imperfecta en la Constitución Política Colombiana de 1991, pero claramente reconocible con algunos rasgos novedosos y diferenciados con respecto al constitucionalismo clásico, que más tarde impregnarán y serán desarrollados por los procesos constituyentes ecuatoriano de 1998, venezolano de 1999, boliviano del 2006-2009 y, de nuevo, Ecuador en el 2007-2008. (Noguera-Fernández, A., & de Diego, M. C, 2011, pág. 18)

El jurista Carlos Manuel Villabella (2014), refiere que las peculiaridades que se incorporan en estas Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano, cuentan con ciertos elementos que se diferencian del constitucionalismo clásico, en donde se enuncian los siguientes:

a) Alta presencia de principios, valores y mandatos al Estado; b) Novedosas presentaciones de los deberes del ciudadano; c) Refrendo de numerosas vías de participación directa que impulsan un empoderamiento ciudadano; d) Estructuración del poder político público más allá de la triparticipación clásica; e) Amplios derechos fundamentales (económicos, sociales y culturales); f) Condena de formas de discriminación sutiles; g) Configuración de novedosas figuras (derecho al agua); h) Obligación del Estado de desarrollar políticas de acción afirmativa que permita la igualdad real de todos los derechos; i) Protección a grupos en situación de desventaja; j) Amplia la protección de las minorías étnicas y los grupos originarios; k) Eficacia directa de los derechos y justicialidad de todos; l) Reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos; m) La enumeración de derechos no niega otros inherentes a la persona humana; n) Reconocimiento del protagonismo del Estado en el logro de objetivos sociales; ñ) Regulación extensa de la constitución económica; o) Supremacía constitucional; p) Numerosas vías e instituciones garantistas de los contenidos constitucionales; q) Consagración de políticas de integración regional sobre la base de la solidaridad, equidad, igualdad, respeto y complementariedad; y r) Participación del constituyente originario en el proceso de reforma de la Constitución, reconociéndosele iniciativa para activar el proceso, participar en la aprobación refrendo. (Villabella, 2014, págs. 87-93). Citado por (Osorio Gómez, 2016)

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, según reza su propia doctrina “surge de movimientos cívicos combinados con propuestas políticas adoptadas por los pueblos, en escenarios de alta conflictividad social y política. La activación del poder constituyente, en este sentido, guarda relación directa con el carácter revolucionario de su origen”. (Pastor, R. V., & Dalmau, R. M., 2010, pág. 12)

Este origen es contrastado según lo expuesto por Viciano Pastor, R & Martínez Dalmau, R en su escrito denominado *¿se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* (2010), cuando aducen que:

El nuevo constitucionalismo latinoamericano es un fenómeno surgido en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de derecho constitucional. Y consiguientemente, carece de una cohesión y una articulación como sistema cerrado de análisis y proposición de un modelo constitucional. (Pastor, R. V., & Dalmau, R. M., 2010, págs. 3-4)

Esta teoría constitucional pretende alejarse del modelo constitucional tradicional, otorgando a la intervención directa del ciudadano un papel fundamental en el cambio de la constitución, retomando el concepto de soberanía popular, porque el pueblo es quien activa y ejerce el poder constituyente a través de sus asambleas constituyentes. (Sotillo Antezana, 2015, pág. 181). Es decir, el mayor rasgo de esta teoría es el carácter democrático de la Constitución, sin embargo esta teoría mantiene la posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico, con las mismas firmeza que el neoconstitucionalismo. Pero su preocupación no es únicamente sobre la dimensión jurídica de la Constitución sino, incluso en un primer orden, sobre la legitimidad democrática de la Constitución. (Pastor, R. V., & Dalmau, R. M., 2010, pág. 4)

Con la reivindicación del concepto de soberanía popular y la preservación del poder constituyente, se fortalece la legitimidad democrática de la Constitución que como se advirtió es uno de los rasgos principales de esta teoría. Según lo expuesto por las Constituciones que sustentan al nuevo constitucionalismo latinoamericano están cargadas de principios, pero no por ello carecen de reglas, que posibilitan su aplicación para evitar el nominalismo, evitando dejar la vigencia real de la Constitución en manos del juez. Para éstas, el control concentrado de

constitucionalidad es fundamental, toda vez, que esta garantiza la voluntad última del ordenamiento jurídico que es la del constituyente (voluntad originaria). En consecuencia, la Constitución en el nuevo constitucionalismo es fuerte respecto al poder constituido y débil respecto al poder constituyente, al ser el pueblo el sujeto de la historia que en cualquier momento la puede modificar. La interpretación de la Constitución democrática obedece necesariamente a criterios metajurídicos, porque apela a la voluntad del constituyente. (Osorio Gómez, 2016)

Por otra parte, esta teoría tiene como otro rasgo característico basado en que las constituciones del nuevo constitucionalismo contemplan un profuso catálogo de derechos, en la cual: acentúan la importancia de la participación popular, introducen la iniciativa popular para reformar la Constitución, incorpora de los referéndums ratificatorios y la previsión de Asambleas Constituyentes (Ordóñez, 2016, pág. 174). No obstante, se debe precisar que al contrario a lo que suele asociarse a esta teoría, esta no solo se limita a describir dentro de sus postulados teóricos solo la legitimidad democrática (creación, reforma y derogación de la Constitución) y la supremacía de la carta política. Esta teoría de igual forma, propone una nueva clasificación de los derechos fundamentales, “superando la clasificación generacional de los mismos por medio de la ampliación del concepto de dignidad humana, con el objetivo de generar un mayor y mejor reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales por las ciudadanas y los ciudadanos” (Sotillo Antezana, 2015, pág. 163). Este postulado es defendido por Viciano Pastor, R & Martínez Dalmau, R (2010) al determinar que el aspecto más relevante de esta teoría, es la profusa coarta de derecho de las nuevas constituciones, en donde:

A diferencia del constitucionalismo clásico, que se limita a establecer de forma genérica los derechos y no se preocupa por la individualización y colectivización –de acuerdo con cada caso- de los mismos, es fácil observar en los textos del nuevo constitucionalismo la identificación de grupos débiles (mujeres, niños y jóvenes, discapacitado, adultos mayores...) y una interpretación amplia de los beneficiarios de los derechos. La recepción de los convenios internacionales de derechos humanos, la búsqueda de los criterios de interpretación más favorable para las personas, o las acciones directas de amparo, acompañan a estas cartas de derechos constitucionales que, en algún caso, configuran su

significado y, con ello, su nomenclatura, y otorgan a los derecho sociales, ampliamente reconocidos, la máxima efectividad. (Pastor, R. V., & Dalmau, R. M., 2010, pág. 21)

El nuevo constitucionalismo latinoamericano propone una nueva clasificación de los derechos fundamentales, superando la tradicional clasificación generacional atribuida a la teoría neoconstitucionalista, “proponiendo un nuevo modelo de Estado en el cual todos los derechos reconocidos en el texto constitucional tienen directa aplicación y justiciabilidad. Desde esa perspectiva, todos los derechos reconocidos en el texto constitucional son derechos fundamentales”. (Sotillo Antezana, 2015, pág. 178)

De esta manera, la Constitución Política de 1991 en tenor con esta teoría, consagra la igualdad jerárquica de los derechos fundamentales, superando la división generacional bajo un espíritu garantista, esto se puede ver en los artículos 13, 86 y 89 de la C. Pol. Sin embargo, no sobra advertir que las constituciones en el nuevo constitucionalismo, huyen del nominalismo anterior y proclaman el carácter normativo y superior de la constitución frente al resto del ordenamiento jurídico y superan de la clasificación tradicional de los derechos fundamentales, por una clasificación de derechos de carácter individual, pluriindividual y transiindividual (Sotillo Antezana, 2015, pág. 181). Y de hecho, a las medidas de acción directa de la constitución, como la tutela o el amparo constitucional, se le añade un elemento revolucionador a la normatividad constitucional en latínoamerica, replanteando la necesidad de superar las desigualdades económicas y sociales y plantear constitucionalmente el nuevo papel del Estado. (Pastor, R. V., & Dalmau, R. M., 2010, págs. 22-23)

En este sentido, los principios rectores de las teorías de neoconstitucionalismo y nuevos constitucionalismo latinoamericano se encuentran integrados en la Carta Política colombiana de 1991, en cuento esta determinó la sumisión de los textos normativos a la Constitución al ser la norma superior del orden jurídico que conlleva a complejos mecanismos de reforma constitucional, lo cual asegura amplias garantías a los derechos fundamentales. Por otro lado el nuevo constitucionalismo legitima las competencias dadas a la Corte Constitucional como órgano encargado de salvaguarda la supremacía de la Carta Política, legitimando el activismo judicial como mecanismo para desarrollar los derechos fundamentales desde la función de juez de revisión de tutela, en que se debe unificar los criterios de interpretación para blindar de seguridad jurídica los derechos fundamentales bajo los principios de igualdad ante la ley en situaciones jurídicas

análogas con márgenes de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad ante casos que cobijen la protección y aseguramiento de derechos fundamentales de los grupos minoritarios.

6.3. El desarrollo teórico en la actividad judicial de la Corte Constitucional.

De esta manera puede observarse como se señaló al principio de este acápite, la Corte Constitucional colombiana a desarrollado e incorporado dentro de su actividad judicial, ciertos postulados de las teorías constitucionales en relación: neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano. En cuanto la Corte, a la hora de abordar estas teorías, las armoniza, tratando de obtener de cada una de ellas elementos que nutran o complementen su actividad judicial. En consecuencia, estos elementos que nutren la actividad judicial de la Corte Constitucional, solo pueden ser estudiados y comprendidos si, primero; se separa los postulados que se contra oponen a estas teorías y segundo; se estudia los postulados teóricos que refuerzan las tesis que utiliza la Corte Constitucional en su actividad judicial.

En primer término, como se advirtió estas teorías no son del todo unánimes en sus postulados teóricos, aunque ambas cuentan con aspectos que las diferencian pero también un sustrato común, lo que permite plantearse la posibilidad de un diálogo fructífero entre ambas corrientes. (Nuria Belloso , 2015, pág. 21). Para contextualizar las divergencias expuestas en el transcurso de este apartado, se presenta una tabla donde se refleja las diferenciaciones teóricas más sobresalientes de estas teorías respecto a los objetivos que persiguen.

Tabla 3		
Divergencia teórica entre el neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano.		
Divergencia respecto a su:	Neoconstitucionalismo	Nuevo constitucionalismo latinoamericano
Origen	El neoconstitucionalismo deriva su origen en un movimiento de reflexión académica sobre la	El nuevo constitucionalismo tiene su origen en los procesos constituyentes acaecidos en la región y su necesidad

	constitucionalización del ordenamiento jurídico cifrado en Europa. (Pastor, R. V., & Dalmau, R. M., 2010)	radica, precisamente, en el de brindar sustento doctrinario a la expedición de nuevos textos constitucionales (Ordóñez, 2016).
Norma constitucional	La teoría neoconstitucionalismo establece que la Constitución es la máxima norma en razón del contenido que expresa y no en razón de quien la redacta. (Pozzolo, 1998)	Para el nuevo constitucionalismo sí importa quien la redacta la constitución, porque de esta depende la legitimidad (democrática) de la misma. (Pastor, R. V., & Dalmau, R. M., 2010)
Finalidad:	El neoconstitucionalismo pretende responder a la constitución como debería ser o más bien, como un concepto y teoría que busca la consolidación del Estado constitucional de derecho como oposición al sistema clásico legalista. (García Gómez & Hurtado Quintero, 2019, pág. 79)	El nuevo constitucionalismo busca provocar la ruptura en determinar la constitución como debe ser. Es decir, su enfoque está determinado por establecer a la constitución como es. (Pastor, R. V., & Dalmau, R. M., 2010)
Catálogo de derechos	El neoconstitucionalismo consagra un catálogo de derecho generalizado, es decir, que esta teoría reconoce un gran catálogo de derechos, pero estos no son enfocados en un contexto individual o colectivo. (Carbonell M., 2006)	El nuevo constitucionalismo al contrario, consagra una detallada carta de derechos, centrando sus esfuerzo en la individualización y colectivización de los derechos, como derechos de los dominados grupos vulnerables (carácter individual, pluriindividual y transiindividual. (Nuria Belloso, 2015, págs. 27-28; Sotillo Antezana, 2015)
Actividad judicial	En el neoconstitucionalismo, la decisión del juez (ordinario o de	El nuevo constitucionalismo cobra importancia el control concentrado de

	control de constitucionalidad) es la auténtica y la que se impone al legislador. (Garcia Gomez & Hurtado Quintero, 2019; Nuria Belloso , 2015)	constitucionalidad, pero es la voluntad constituyente, mediante los jueces de control de constitucionalidad, la que se impone tanto al legislador como al juez ordinario. (Nuria Belloso , 2015, pág. 42; Pastor, R. V., & Dalmau, R. M., 2010)
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Ahora bien, abandonando la divergencia suscitadas entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Se abordará el segundo estudio, el cual consistirá en establecer los elementos de reciprocidad teórico que la Corte Constitucional emplea en su actividad judicial; toda vez, que está ha optado por una interpretación del texto Constitucional mixta con mayor referencia en la teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Sin embargo, no descarta los postulados de una Constitución invasora en los axiomas del neoconstitucionalismo, en que se positivizan de manera extensa el catálogo de derechos, mediante la omnipotencia de la Constitución al prevalecer las *supremacía constitucional* (Sentencia C-415 del 2012) en el respeto de los principios y reglas, que determinan la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales. (Comanducci, 2003, pág. 83)

Otro elemento referido por la Corte Constitucional en las teorías constitucionales, es el respeto y protección al *principio de igualdad* (Sentencia C-250/2012, C-178/ 2014, T-030/17 y SU 354/17); por un lado, esta tesis es reforzada por el neoconstitucionalismo cuando comporta que es un principio esencial en la fundamentación del orden jurídico justo (Carbonell M. , 2010), y por otro lado el nuevo constitucionalismo participa incorporando dentro de la noción constitucional de este principio el cual se debe aplicar atendiendo a un contexto formal y material (Art. 13 C. Pol), procurando su aplicación en los sujetos individuales o colectivos vulnerables en relación con los demás sujetos. (Nuria Belloso , 2015)

Por otra parte, la Corte Constitucional recurre a *la seguridad jurídica* que emana de la Constitución; en la cual se encuentra inmersa la certeza del derecho en que se basa el ordenamiento jurídico. Estas teorías constitucionales refuerzan la tesis que la seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y que abarca varias dimensiones.

En términos generales se concibe como un principio que procede directamente de la seguridad que emana del texto constitucional, en cual opera en una doble dimensión: 1) legal y 2) constitucional. (Sentencia T-502/02)

Por último, pero por ello no menos importante, se halla *los desarrollos de los preceptos axiológicos de la Constitución*. (Sentencia C-1287 de 2001 y Sentencia T-357 del 2018). En consideración, este vienen siendo el eje articulador de estas dos teorías constitucionales, las cuales refuerzan el papel de la Constitución, y sobre todo la importancia de los principios y valores constitucionales; para la teoría del neoconstitucionalismo vienen siendo los mandatos de optimización (Alexy, R, 2011) y por otra parte, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, manifiesta una alta carga de normas-principios y preceptos teleológicos y axiológicos, que se enuncian como o principios ético-morales, los cuales se despliegan en el reconocimiento de derechos vinculados con un nuevo modelo de Estado intercultural y plurinacional con una amplia protección de minorías étnicas y grupos étnicos. (Barroso, 2010, pág. 43)

En síntesis la Corte Constitucional ha utilizado el fundamento de los principios de supremacía de la Carta Política, igualdad, seguridad jurídica y el desarrollo de los preceptos axiológicos de la Constitución para legitimar su activismo judicial desde la ratio del control concreto de tutela en que se hallen estos principios como elementos de reiteración de la ratio, es decir sean el fundamento de su decisión con efectos inter cominis, dado, a que es este efecto es el que obliga a la actividad judicial a seguir y aplicar su precedente de tutela, al trascender de fuente auxiliar del derecho a fuente formal en sentido material para asegurar la efectividad, justiciabilidad, inmediatez y protección que deben contener los derechos fundamentales en los órdenes constitucionales desde la unificación de los criterios de interpretación de los derechos fundamentales en márgenes de justa y coherente.

7. Elementos de reiteración de la *ratio decidendi* en sentencias de tutela de la Corte Constitucional de Colombia.

De esta manera, en este acápite se estudiarán la reciprocidad teórica y axiológica de las teorías constitucionales de neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo como fundamentos de

legitimación de los elementos de reiteración de la ratio de tutela de la Corte Constitucional que se proponen como elementos que conllevaron a reevaluar el rango que ocupan estas en la fuentes del derecho en Colombia. Los cuatro elementos de reiteración de la ratio de tutela en control constitucional se identifican como: i) *supremacía constitucional*; ii) *principio de igualdad*; iii) *principio de seguridad jurídica*; y iv) *el desarrollo de preceptos axiológicos de la Constitución*. Estos elementos de referencias sirven de eje articulador en el Estado Constitucional, específicamente en el Estado Social de Derecho.

Desde la perspectiva más general y abstracta, estos elementos refuerzan la tesis del acceso al Estado Constitucional (Pastor, R. V., & Dalmau, R. M., 2010, pág. 6), reafirmando que el derecho en los Estados constitucionalizados otorgan un lugar primigenio a la Constitución como fuente principal del derecho, y sobre todo como el cuerpo normativo de contenido tanto formal y material de vital importancia, el cual está compuesto por derechos, principio y valores que sirven de guía en el ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional de Colombia en su actividad judicial, incorpora y desarrolla a cabalidad estos elementos salvaguardando a la Constitución Política como norma de normas (Art. 4 y 241 y ss. C. Pol). No obstante, se debe precisar que si bien la Corte Constitucional desarrolla estos elementos en el control de constitucionalidad abstracto, es en el control de constitucionalidad concreto donde se manifiesta en mayor medida el desarrollado de estos elementos, toda vez que la Corte recurre a los contenidos formales y materiales inmersos en la Constitución.

Estos elementos una vez son diferenciados y desarrollados por la Corte Constitucional en el control concreto (Sentencias T y/o S.U), adquieren una connotación más importante los efectos que difieren de ellas (*inter partes*, *inter pares* e *inter comunis*). La reiteración de estos elementos aplicada al control de constitucionalidad concreto atribuido a la revisión de sentencias de tutela, específicamente en las sentencias que contienen el efecto *inter comunis*; materializan y sobreponen los principios, valores y derechos fundamentales inmersos en el texto constitucional bajo una fuerza vinculante y obligatoria que emanaría no solamente del control abstracto de constitucionalidad.

Ahora bien, la reiteración de estos elementos en las sentencias de revisión de tutela con efecto *inter comunis*, agencian una reevaluación de las fuentes del derecho establecidas en el artículo 230 de la C. Pol el cual como se ha venido señalando en el transcurso de la investigación, estableció a la jurisprudencia como una fuente auxiliar del derecho, en cuanto los jueces en su providencia sólo están sometidos a la imperio de la ley, esta interpretación exegética ha sido reevaluada por la Corte Constitucional al advertir que las interpretaciones que realice como interprete y salvaguarda de la Carta Política se integran al orden jurídico colombiano como parte del imperio de la ley al que están sometidos los agentes del Estado. (Arellano García, 2005)

Este sometimiento aclara la Corte esta dado en los fines del Estado Social de Derecho en el que deben de prevalecer los derechos fundamentales mediante la unificación de criterios de interpretación de los derechos fundamentales constitucionalizados en su aplicación y justiciabilidad, en que se aseguran unos mínimos de derechos al ciudadano al prevalecer la Carta Política, sus principios y valores que permitirán un orden jurídico justo y coherente al prevalecer la seguridad jurídica y los principios de igualdad, en cuanto es deber del Estado garantizar igualdad de trato ante la ley. De esta manera el activismo judicial de la Corte Constitucional desde el control concreto en que en su ratio se hallen los elementos de reiteración de la ratio, es de cir los principios de: i) supremacía Constitucional, ii) igualdad, iii) seguridad jurídica y iv) desarrollo axiológicos de la Carta Política con efecto de modulación *inter comunis* ungen como una garantía constitucional y procesal en la materialización de los derechos fundamentales constitucionalizados tanto así que han trascendido de fuente auxiliar a fuente formal del derecho en sentido material, al estar la actividad judicial obligada a seguir y acatar el precedente de tutela de la Corte Constitucional que contengan su ratio los elementos de reiteración con efectos de modulación *inter comunis* so pena de conculcar en desacato por acción, sino argumenta en los parámetros brindados por la Corte Constitucional para fundamentar los motivos en que se aparta de la ratio de tutela.

En este sentido, se procederá a estudiar cada uno de los elementos de reiteración de la ratio de tutela según los pronunciamientos dictados por la Corte Constitucional en que se observarán las teorías constitucionales –ya mencionadas- que legitiman sus activismos judicial y la reevaluación de las fuentes del derecho desde la ratio de tutela del control concreto con efectos *inter comunis*,

para con ello establecer que rango ocupan esta hoy en las fuentes del derecho colombiano a partir del desarrollo de un caso práctico propuesto.

7.1. Supremacía Constitucional.

En este orden, el primer elemento de reiteración se encuentra en el postulado constitucional consagrado en el artículo 4 de la C. Pol, el cual invoca que “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*” (énfasis fuera del texto original). En el mismo término, esta norma constitucional consagra la obligación de acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades en estas. Este axioma es reafirmado por la Corte Constitucional cuando aduce que:

La naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución. (...) La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. (Sentencia C-415 del 2012, Fundamento Jurídico 3.1.2.)

La supremacía constitucional discurre directamente del texto constitucional, respaldando la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico (Kelsen H. , 1993). No obstante, la naturaleza de la supremacía constitucional, radica en dos vertientes esenciales: i) formal y ii) material.

La Constitución es formal al ser una ley que, a diferencia de otras, fundamenta y ordena la validez de todo un sistema jurídico, estableciendo un procedimiento dificultoso para su reforma, así como los criterios para la creación de otras normas y en otro sentido es material, ya que en la Constitución se concentran los valores y principios fundamentales que rigen a una organización político-social, los cuales solventan las necesidades vitales de justicia de sus integrantes. (Del Rosario Rodríguez, M. F. , 2011, pág. 100)

Para Guastinni (1999, págs. 376-380), además de la vertiente formal y material, la supremacía constitucional igualmente se encuentra inmersa dos perspectivas: i) lógica y ii) axiológica. Para Guastinni es lógica, cuando se reconoce a la Constitución como norma suprema, teniendo como consecuencia lógica que todo acto jurídico tienda a adecuarse a su contenido. En cambio, es axiológica, si la Constitución se ubica en el orden más alto de la estructura jerárquica, por ser detentadora de principios y derechos fundamentales.

La Corte Constitucional en su actividad judicial salvaguarda la supremacía constitucional (Art. 241 C. Pol), en sentido formal; cuando defiende su integridad de ultrajes y abusos en la modificación y derogación por parte de los poderes derivados y, por otro lado, la primacía formal del texto constitucional con respecto a las demás normas internas del ordenamiento jurídico²⁰. Ahora bien. El sentido material es el que mayor importancia adquiere para la actividad judicial de la Corte Constitucional, toda vez que de ella depende la fundamentación interpretativa del texto constitucional, debido a que esta materializa en el contexto jurídico los preceptos, principios y valores mediante la actividad judicial. A manera de ilustración se encuentra el control de constitucionalidad abstracto (control de constitucionalidad) y concreto (revisión de sentencias de tutela).

Es viable señalar que la supremacía de la Carta Política en sentido material es la que se observa como elemento de reiteración de la ratio de tutela en efecto inter comunis, pues ella permite a la Corte Constitucional desarrollar mecanismos constitucionales y legales para someter a la actividad

²⁰ Al referir al ámbito interno del ordenamiento jurídico colombiano, se encuentran las normas infraconstitucionales y las normas de derecho internacional, el cual la última, se incorpora por medio del bloque de constitucionalidad (Art. 93 de C. Pol). no sobra advertir, que dentro de este orden jerárquico de las normas constitucional con respecto a las normas del derecho internacional incorporadas por el bloque, se encuentran dos teorías: monista y dualista. Esta teorías debaten el orden jeraquico del cual debe atender las normas, ya sean constitucionales (ámbito interno) e internacional (ámbito externo). Acosta Alvarado, Paola Andrea (2016) sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. 15-60

judicial a respetar, acatar y seguir el precedente sentado por ella, al interpretar de manera global y sistemática la Carta política en la búsqueda de asegurar y ajusticiar la efectiva protección a los derechos fundamentales constitucionalizados, pues como se observó -en acápite anteriores- el efecto de modulación inter comunis al extender sus efectos en la ratio de tutela vincula a personas que se encuentran en igual vulneración de derechos fundamentales, aun sin estos haber acudido a la acción de tutela, pues es obligación de los Estado amparar los derechos fundamentales de los tutelantes, sin desconocer igual trato a otros que sin haber acudido a la acción de tutela se encuentran en situaciones similares.

7.2. Principio de igualdad.

De esta manera se da paso al segundo elementos de reiteración, el cual se encuentra consagrado en el artículo 13 de la C. Pol, este principio establece que las personas nacen libres e iguales ante la ley, es decir que recibirán el mismo trato sin importar las condiciones individuales o colectivas, económicas, políticas y filosóficas. La norma constitucional determina que este principio contiene

tres acepciones: i) *igualdad formal*; ii) *la prohibición de discriminación*; e iii) *igualdad material*. Los cuales son aducidos por la Corte de la siguiente manera:

(i) *la igualdad formal o igualdad ante la ley*, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) *la prohibición de discriminación*, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) *el principio de igualdad material*, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales. (Énfasis fuera del texto original). (Sentencia C-178 del 2014, Fundamento Jurídico 9.4)

La Corte Constitucional ha señalado desde el comienzo de su actividad judicial, que la igualdad en Colombia comparte el triple carácter de ser un principio jurídico, un derecho fundamental y un valor fundante del ordenamiento (Sentencia C-530 de 1993): 1) *La igualdad como principio*: comporta una condición de norma de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional tomando como punto de partida el artículo 13 C. Pol y el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2) *La igualdad como derecho fundamental*: Recurre a la aceptación de que los derechos constitucionales tienen aplicación directa y cláusula de garantía reforzada, “es decir, que para su efectividad ante los tribunales, la administración o los particulares, pueden ser ejercitadas tanto las acciones de código, de origen legal, como por las acciones constitucionales, preferentemente la acción de tutela” (Sentencia C-586 del 2016, Fundamento Jurídico 5.5.2) y 3) *la igualdad como valor*: Se concibe como un valor axiológico del ordenamiento jurídico, el cual opera en interpretación y la adjudicación del derecho. En este sentido, el principio de igualdad se encuentra intrínsecamente relacionado con los fines del estado y más precisamente, con el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad del principio, derechos y deberes y la participación. (Sentencia T-406 del 1992)

La Corte Constitucional en su actividad judicial además de resguardar y proteger el tripe papel que desempeña el principio de igualdad en el ordenamiento jurídico, dimensiona un elemento diferenciador e igualitario²¹ a todas las personas se las considere esencialmente como individuos y no como meros afiliados a un género, una raza o una clase particular.

Por otro lado, este principio integrado como elemento de reiteración de la ratio de tutela de la Corte Constitucional con efecto de modulación inter comunis, comporta el fundamento axil de obligatoriedad en actividad judicial de seguir y aplicar de manera obligatoria su ratio, pues la igualdad material ante la ley es aquella que permite a los ciudadano unos mínimos de certeza y confianza legítima hacia la actividad judicial, al tener que estos dar igual de trato ante situaciones jurídicas análogas, es de observar que la Corte Constitucional al fundamentar los casos especialismo en que deben extenderse sus pronunciamientos a efecto inter comunis advierte, el principio de igualdad propicia garantías reales justiciabilidad de a los derechos fundamentales al

²¹ Este concepto se ve inmerso en la Discriminación Positiva o Acción positiva, se concibe como la aplicación de políticas públicas para favorecer a ciertos grupos minoritarios para dimensionar en ellos la concepción de justicia. Velasco Arroyo, J. C. (1). DISCRIMINACIÓN POSITIVA, DIVERSIDAD CULTURAL Y JUSTICIA. Daimon Revista Internacional De Filosofía, (41), 141-156. Recuperado a partir de <https://revistas.um.es/daimon/article/view/20821>

proteger y garantizar la supremacía de la Carta política, al ser este un principio, valor y derecho supremo.

7.3. Principio de seguridad jurídica

En línea de lo anterior, se ubica el tercer elemento de reiteración de la ratio de tutela en efecto de modulación inter comunis, el cual tuvo un nítido contenido libertario y nació como una respuesta a la necesidad de asignar claros límites al absolutismo y resguardar, al mismo tiempo, un ámbito de libertad para los asociados del Estado. “Es decir, a partir de entonces se precisan las ideas de derecho y justicia, con fundamento en el pacto social de los integrantes de la sociedad, en un claro intento de superar el modelo absolutista”. (Solarte Portilla , 2007)

La seguridad jurídica es aquí concebida como la certeza del derecho, es decir que se erige como un concepto formal de ley y de la justicia, cuya relación se sitúa en una correlación intrínseca con el principio de igualdad y legalidad. La seguridad jurídica, no es más que un aspecto de la misma justicia tanto formal y material, que pretende reconstruir un Estado de Derecho que satisfaga a ambas ideas en la medida de lo posible. (Pérez Luño, 1991, pág. 62).

El jurista Carlos Arturo Gallego describe que la Seguridad Jurídica se convierte en un valor teleológico a través de dos vías que la soportan: de una parte la seguridad de los ciudadanos entre sus relaciones y, de la otra; sus relaciones frente al poder estatal. (Gallego Marín, Carlos Arturo, 2012, pág. 75). Sin embargo, para la Corte Constitucional la seguridad jurídica es:

De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. En el plano constitucional ello se aprecia en la existencia de términos perentorios para adoptar decisiones legislativas (C. Pol. arts. 160, 162, 163, 166, entre otros) o constituyentes (C. Pol. Art. 375), para intentar ciertas acciones públicas (C. Pol. art. 242 numeral 3), para

resolver los juicios de control constitucional abstracto (C. Pol. art. 242 numerales 4 y 5). (Sentencia T-502, 2002, pág. Fundamento jurídico 3)

No obstante, este principios al enmarcase como elemento de reiteración de la ratio de tutela de la Corte Constitucional con efecto de modulación inter comunis, al ser el de mayor alcance de tutela consagra un valor de certeza a las decisiones judiciales, pues como ya se ha venido insistiendo en el desarrollo de la investigación, la unificación de los criterios de interpretación de los derechos fundamentales imparten legalidad, en cuanto el juez que se pretenda apartar de ratio de tutela con modulación inter comunis debe motivar las razones que sirven de fundamento a su decisión, pues lo que busca este tipo de limitaciones a la actividad jurídica es la prevaecía de los derechos fundamentales en donde se elimine todo tipo de decisiones judiciales arbitrarias y caprichosas, al ser deber del Estado garantizar un orden justo y coherente donde el ciudadano reciba igual de trato ante la ley.

7.4. Desarrollo de preceptos axiológicos de la Constitución.

Finalizado lo anterior, se da paso al último no por ello el menos importante de los principios inscriptos como elementos de reiteración de la ratio de tutela de la Corte Constitucional con efecto de modulación inter comunis, se hace oportuno indicar que este elemento de reiteración se encuentra estructurado a partir de la norma Constitucional, en este caso, la Constitución Política de 1991 la cual ejerce básicamente tres funciones: 1) *limitar el ejercicio del poder* (función legitimadora); la constitución consagra los presupuestos éticos mínimos definidos por una sociedad. 2) *norma contenedora de principios morales y valores* (función axiológica); una norma que consagra los presupuestos éticos mínimos definidos por una sociedad a través de los principios morales y los valores hacia los cuales se debe dirigir la actividad del Estado (función axiológica) 3) *fijar parámetros de validez* (función jurídica); la norma constitucional se consagra como la máxima norma en el ordenamiento jurídico y por consiguiente esta determina la validez de las restantes normas del ordenamiento. (Estrada Vélez, 2011, pág. 43)

La Constitución no sólo se debe consagrar como un conjunto de normas (aspecto formal) sino que en ella tiene presencia elementos materiales como: i) morales (valores), ii) políticos

(directrices) y iii) jurídicos (principio y derechos). Ahora bien, la axiología de la Constitución indaga acerca del derecho *que debe ser* (Catenacci, 2001), en cambio los principios son normas jurídicas que forman parte del derecho *que es* (Estrada Vélez, 2011, pág. 48). La Corte Constitucional de Colombia refiere que la diferencia que existe entre los valores y principios es:

Los primeros tienen un carácter axiológico al paso que los segundos lo tienen deontológico. En tal medida, los principios entendidos como conceptos deontológicos, expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos. Los valores, como conceptos axiológicos expresan en sí mismos algo bueno. *Por ello afirma que “lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios, prima facie lo debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente lo debido.* (Cursivas dentro del texto original) Sentencia C-1287 del 2001, Fundamento Jurídico 4)

Es así como los valores representan el catálogo axiológico del derecho a partir de la cual desprenden el sentido y la finalidad de las normas del ordenamiento jurídico (Dworkin, 1985, págs. 5-8); los valores axiológicos constitucionales pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política. (Sentencia T-406 del 1992, Fundamento Jurídico 7)

En Colombia, la axiología de la Constitución Política se encuentra claramente definida especialmente en el Preámbulo, en donde se reconocen explícitamente como valores fundamentales la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad, la paz, la democracia, la unidad nacional, la participación, etc. Además, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1287 del 2001 determina que la Constitución incluye un título que bajo el epígrafe “Principios Fundamentales”, enuncia cuales son las bases de la organización política, los fines esenciales del Estado, la misión de las autoridades constituidas, el concepto de soberanía que determina el ejercicio del poder, la primacía de los derechos inalienables de las personas, etc. y por otra parte, trae un catálogo no taxativo de derechos fundamentales, normas que por su carácter deontológico deben ser entendidas también como expresiones de principios fundamentales.

Ahora bien, cuando se hace referencia al desarrollo del precepto axiológico de la Constitución, se refiere a lo establecido por la Constitución Política al Estado para atender y garantizar los valores y principios enunciado (jurídico, deontológico, teleológico, etc.), ya sea de forma tácita o expresa en esta; esta función es encomendada al máximo órgano Constitucional de conformidad con el artículo 241 y ss de la C. Pol, ya que a este se le encomiendas proteger y salvaguardar a la Constitución Política atendiendo no solo a su contenido formal sino también material, pues es este el de mayor relevancia en la protección de los principios y valores establecidos en la Carta Política.

En estos supuestos, cuando se refiere a los desarrollos axiológicos de la Carta política como elemento de reiteración de la ratio de tutela en control concreto con efectos de modulación inter comunis, hace alusión a los derechos que la Corte Constitucional ha desarrollado para materializar los derechos fundamentales al interpretar de manera global y sistemática la Carta Política.

Es por ello que resulta pertinente traerá a escenario la sentencia T-622 de 2016, en cuanto este último elemento de reiteración de la ratio de tutela supone la unificación de los demás principios que en ella se integran con efectos de modulación inter comunis, en esta medida, la Corte Constitucional al materializar las garantías de justiciabilidad y protección efectiva que consagran los derechos fundamentales en su activismo judicial, establece una de las decisiones más trascendentales en materia de derechos ambientales y étnicos al consagrar como sujeto de derecho al río atrato, sus cuencas y afluentes. Para este fin la Corte desarrolla un nuevo catálogo de derechos denominado derechos bioculturales al precisar:

Los denominados derechos bioculturales (...) resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente. (Sentencia T-622 del 2016, Fundamento Jurídico 5.11)

En estos supuestos, la Corte Constitucional da aplicativo a los principios de *supremacía de la Carta política en sentido material*, es decir desde el activismo judicial para solventar las necesidades vitales de justicia que comporta las comunidades étnicas como grupos minoritarios

en la preservación de su habita, al conciliar los artículos 7 y 79 de la C. Pol para unificar los criterios de interpretación que aseguraran la vigencia de ambos derechos de manera justa y coherente. Por otro lado el *principio de igualdad en sentido material* se ubica en la ratio de tutela subexamen como una medida afirmativa para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales constitucionalizados de los grupos minoritarios sin desconocer la prevalencia que consagran en igualdad los derechos ambientales, en esta medida su aplicativo se da en los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en cuanto la ratio extiende la protección efectiva a los derechos fundamentales en mención de todas las personas, comunidades o formas de vida que habiten las cuencas y afluentes del rio atrato.

Sumado a lo anterior el *principio de seguridad* jurídica se halla en los caracteres de legalidad que comporta la interpretación constitucional hecha por la Corte, en cuanto al estar concernida del efecto de modulación inter comunis vincula de manera obligatoria a los jueces ordinarios a aplicarla en casos futuros análogos su ratio de tutela y por último el *desarrollo de los preceptos axiológicos* tiene lugar desde los principios, valores y derechos que se aseguran en la sentencia T-622 de 2016 al ser nuevos derechos fundamentales que consagra el aplicativo de derecho fundamental.

Ahora bien, la Corte Constitucional al conferir efecto de modulación inter comunis a la sentencia T-622 de 2016 y establecerse en este los elementos de reiteración de la ratio de tutela, conlleva a que esta sentencia ostente carácter vinculante, al estar obligados los jueces ordinarios y demás operadores del Estado a acatar y seguir su ratio de tutela en situaciones jurídicas análogas, es decir con posterioridad a su sentencia, tal como se observa en la sentencia STC4360 del 4 de abril del 2018, en que la Corte Suprema de Justicia reconoce al amazonas como sujeto de derechos y la decisión en sentencia de tutela que confiere al rio cauca, sus cuencas y afluentes como sujetos de derecho extendiéndose sus efectos en criterios de igualdad a las demás formas de vida que la habiten según la decisión de la Sala Civil del Tribunal de Distrito Judicial de Medellín al seguir la ratio de tutela de la sentencia en mención que le vinculaba. (Radio Nacional de Colombia, 2019; Semana, 2019)

De esta manera puede concluirse que las sentencias de tutela objeto de revisión por la Corte Constitucional en que se desarrollen en su ratio decidendi los elementos de reiteración con efecto de modulación inter comunis se integran a las fuentes del derecho ya no como fuente auxiliar sino

como fuente formal del derecho en sentido material, al ser deber del Estado asegurar al ciudadano igualdad de trato ante la ley. En este sentido los agentes del Estado especialmente la actividad judicial está obligada a seguir y acatar la ratio de tutela que ostente las características antes mencionadas, so pena de conculcar en desacato por acción cuando no motiven dentro de los parámetros establecidos por la Corte los fundamentos en que se aparta de la ratio decidendi que lo vincula, esto obedece a los derechos que se aseguran en la ratio de tutela con efecto *inter comunis* al justiciabilidad y materialización los derechos fundamentales constitucionalizados.

CONCLUSIÓN.

Como resultado de esta investigación se evidencian las siguientes conclusiones:

I. Preexiste un conflicto evidente entre la fuerza vinculante y obligatoria de la jurisprudencia en relación con la ley, como consecuencia del origen genealógico y el desarrollo del ordenamiento jurídico colombiano. Este conflicto encuentra su fundamento teórico, normativo y jurisprudencial en la confluencia de: i) sistemas de diferente origen y formación, como los son el *civil law* y *common law*; y ii) la incorporación de teorías de diferentes contrastes, como el *formalismo* y *antiformalismo jurídico*; y el *neoconstitucionalismo* y *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. La confluencia de estos elementos se evidencia en la actividad judicial, especialmente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual denota un alto grado de activismo judicial a través de nuevas reglas jurídicas que se crean y reforman a partir de las normas constitucionales que atienden a la realidad fáctica concreta o abstracta del ordenamiento jurídico colombiano.

Por tanto, se manifiesta que en el sistema de fuentes del derecho en Colombia, la jurisprudencia constitucional adquiere un papel importante en la materialización de los derechos fundamentales consagrados en las normas constitucionales. La elaboración de esta jurisprudencia, responde a una metodología axiológica de la Constitución, la cual refiere tanto a su finalidad, alcance y contenido.

Dentro de este orden de ideas, la sentencias de tutela en sede de revisión de la Corte Constitucional que contienen un efecto de modulación *inter comunis* y simultáneamente

contemplan en su *ratio decidendi* los denominados efectos de reiteración, como: la supremacía constitucional, el principio de igualdad, el principio de seguridad jurídica y el desarrollo de preceptos axiológicos de la constitución; han permitido concebir un nuevo paradigma en el sistema de fuentes del derecho colombiano, cuando este tipo de sentencias trasciende de ser una fuente auxiliar e interpretativa del derecho a ostentar característica de fuente formal del derecho, pero con un sentido material es supeditado por la norma constitucional.

II. Al abordar la investigación sobre un nuevo paradigma en el sistema de fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, las sentencias de tutela de la Corte Constitucional de Colombia, resulta inequívoco asegurar que para los magistrados, jueces, abogados o cualquier operador jurídico, estas sentencias únicamente ocupan un lugar auxiliar en las fuentes del derecho al tenor del artículo 230 constitucional, y sin embargo, su aplicación en los casos concretos se limita a los efectos *inter pares*, *inter partes* e *inter comunis*.

Ahora bien, excepcionalmente en la actividad judicial de la Corte Constitucional, se ha demostrado que las sentencias de tutela en sede revisión por parte de la Corte, adquieren características de fuentes formal a la luz de los preceptos de la norma constitucional. Claro está, que toda sentencia de tutela no adquiere esta calidad, para que pueda ser sujeto de esta facultad excepcional, la sentencia debe cumplir con dos requisitos: 1) *indicar que la sentencia tutela que se verse tenga un efecto de modulación inter comunis*; este efecto es de gran importancia para la fundamentación, ya que ostenta un alcance mayor en su aplicación al extender sus efectos a casos futuros análogos, sin importar si el ciudadano acudió o no a la acción de tutela, esto se debe al carácter de abstracción, generalidad, imperactividad y coacción que ostenta el precedente constitucional obligatorio, en cual se encuentra afianzado al activismo judicial que legitiman las teorías de Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano, teorías que son utilizada por la Corte para ajusticiar y garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales; y 2) *la ratio decidendi de sentencia indicada cumpla con los elementos de reiteración*: estos elementos cumplen una labor fundamental para identificación de la abstracción, generalidad, imperactividad y coacción de la sentencia de tutela; la supremacía constitucional, el principio de igualdad, el principio de seguridad jurídica y el desarrollo de preceptos axiológicos de la constitución son elementos que se practica hermenéutica de las sentencias de tutela que tiene

efectos *erga omnes* (sentencias de control abstracto) y de las teorías constitucionales iusfundamentales del neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano.

La sentencia de tutela una vez cumpla con estos supuestos, adquieren una connotación de fuente formal, claro que no en un sentido estricto (*Stricto sensu*), sino en un sentido amplio (*Lato sensu*), lo que convierte en una fuente del derecho material del ordenamiento jurídico supeditada a la norma constitucional y no a la ley.

BIBLIOGRAFÍA.

- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11-29.
- Álvarez Conde, E. (1988). *El régimen político español*. Madrid: Tecnos. Carnelluti, F.
- Ambito Juridico. (19 de julio de 2017). Aunque fallos de revisión de tutela tengan efectos inter partes su ratio decidendi es vinculante. *Ambito Juridico*. Recuperado el 29 de abril de 2019, de Lagis Ámbito jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/aunque-fallos-de-revision-de-tutela-tengan>
- Araujo-Oñate, R. M. (2011). Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. *Estudio Socio Jurídico*, 13(1), 247-291.
- Arellano García, C. (2005). *El juicio de amparo*. Editorial Porrúa.
- Arellano, C. (2005). *El juicio de amparo*. México: Editorial Porrúa.
- Arroyo, J. C. (2007). Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia. *Daimon Revista Internacional de Filosofía*(41), 141-156.
- Atienza, M. (2005). El derecho como argumentacion. En M. Atienza, & L. Ferrajoli, *Jurisdiccion y argumentacion en el Estado constitucional de derecho*. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico.
- Austin, J. (2003). *Objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Balaguer, F. (2000). Constitución y ordenamiento jurídico. AAVV, *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*.
- Balaguer, F. (2000). Constitución y ordenamiento jurídico. (UNAM, Ed.) AVV, *Teoría de la Constitución: Ensayo ecologico*, pp. 177 ss.

- Ballesteros, A. M. (1984). Ideologías y fuentes del Derecho. *Revista de Estudios Políticos*(40).
- Barroso, L. (2010). La americanización del derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo. *Revista europea de derecho constitucional*(14), 365-426.
- Basauri Ochoa, F. (2010). Recuperado el 9 de mayo de 2019, de JDSUPRA: <https://www.jdsupra.com/legalnews/doctrina-de-los-precedentes-y-la-stare-42846>
- Bavikatte, K. S. & Bennett, T. (2015). Community stewardship: the foundation of biocultural rights. *Journal of Human Rights and Environment*.
- Bernal Cano, N. (2002). *La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado.
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*(21), 81-94. Recuperado el 24 de 02 de 2019
- Bernal Pulido, C. (2014). Derechos fundamentales, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo en América Latina. *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*.
- Bernal, A. B. (2017). Exégesis (escuela). (48), 263-277.
- Bernal-Cano, N. (2010). El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 11-34.
- Bidart Campo, G. (2003). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. México: III-UNAM.
- Bobbio, N. (1965). *El problema del positivismo jurídico* (1960-1961 ed.). Argentina: Editorial Universidad de Buenos Aires.
- Bobbio, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.

- Bondia Garcia, D. (2013). Derechos Humanos Emergentes: Los derechos humanos fundamentales del ciudadano. El inicio del proceso de interacción de los Derechos Humanos. *Historia de los Derechos Fundamentales, siglo XX, Dykinson, SL*, 3(1), 687-781.
- Bonnecase, J. C. (1944). *La escuela de la exegesis en derecho civil*. Puebla, Mexico: José M. Cajica.
- Borda, O. F. (1990). La accidentada marcha hacia la democracia participativa en Colombia. *Análisis político*, 14, 46-59.
- Borrero, C. (2014). *Multiculturalismo (étnicos) en Colombia: una dogmática ambivalente*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y sociales.
- Botero Marino, C. (2006). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla- Consejo Superior de la Judicatura .
- Botero, A. (2017). La exégesis y su recepción en Colombia: una mirada desde la historia de las ideas. *Revista da Faculdade de Direito*(112), 603-646.
- Bovero, M. (2008). Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado.
- Bravo Lira, B. (1986). *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- Bronaugh, R. (1987). Persuasive precedent. *Precedent in law*, 217-247.
- Burgoa, I. (1992). *El juicio de amparo*.
- Cabonell y Sánchez, M. (1987). *Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. Recuperado el 19 de Marzo de 2019, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/87/art/art2.pdf>
- Cabra Monroy, M. G. (1973). *Introducción al derecho*. Temis.
- Cajas Sarria, M. A. (2013). La Corte Suprema De Justicia De Colombia, 1886-1910: De Juez De La Regeneración a Juez Constitucional.(The Colombian Supreme Court, 1886-1910: From the Court of the Regeneration to Constitutional Court.). *Historia Constitucional*(14), 425-465.

- Calvo Vidal, Felix M. (1992). *La jurisprudencia ¿Fuente de Derecho?* Valladolid: Editorial Lex Nova.
- Camacho Godoy, E. (2016). La praxis docente en derecho tensión entre formalismo y antiformalismo jurídico. *VII Coloquio internacional de educacion*. Recuperado el 26 de 02 de 2019, de <http://www.unicauca.edu.co/eventos/index.php/educoloquio/2016/paper/viewFile/243/153>
- Campillo Pardo, A. J. (22 de 04 de 2016). *El Corpus Iuris Civilis: la recopilación más importante del derecho romano*. Recuperado el 24 de Enero de 2019, de Blog Archivo Histórico: <http://www.urosario.edu.co/Blog-Archivo-Historico/Lenguas-clasicas/Abril-2016/El-Corpus-Iuris-Civilis-La-recopilacion-mas-import/>
- Campo Florez, E., & Sepúlveda Hales, B. (2013). *El realismo jurídico norteamericano: escuela de derecho*. Obtenido de Repositorio Académico de la Universidad de Chile: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/115314>
- Cano Velasco, N., & Vladimir Llano, J. (2015). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano. *Novum Jus: Revista Especializada en sociología jurídica y política*, 9(2), 49-74.
- Cano, N. B. (2010). El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 11-34.
- Cano, N. V., & Llano, J. V. (2015). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano. *Novum Jus: Revista Especializada en sociología jurídica y política*, 9(2), 49-74.
- Carbonell y Sánchez, M. (1987). *Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. Recuperado el 21 de marzo de 2019, de Revista jurídica unam: <http://biblio.jurídica.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/87/art/art2.pdf>
- Carbonell y Sánchez, M. (1996). Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 29, 771-798.
- Carbonell, M. (2004). *Elementos de derecho constitucional*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Carbonell, M. (2006). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, M. (2010). *El neoconstitucionalismo*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, M. (2014). *Elementos de Derecho constitucional*. México: UNAM, Fontamara .
- Carmona Tinoco, J. E. (1995). *La Interpretacion Judicial Constitucional*. Mexico: Instituto de investigaciones juridicas. Comision nacional de derechos humano.
- Castán Tobeñas, J. (1957). *Los sistemas jurídicos contemporaneos del mundo occidental* (2a ed.). Madrid: Reus.
- Catenacci, I. J. (2001). *Introducción al derecho: teoría general, argumentación, razonamiento jurídico*.
- Cavanna, A. (1979). *Storia del diritto moderno in Europa* (Vol. I). Giuffrè.
- Cerra Nolasco, E. (2001). El control de constitucionalidad: análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional. *Revista de Derecho, Universidad del Bosque*.
- Champeau, E. & Uribe, A. J. (1899). *Tratado de derecho civil colombiano* (Vol. 1). L. Larose.
- Coing, H. (1982). Historia del derecho y dogmática jurídica. *Revista chilena de derecho*(9).
- Coing, H. (1983). Sobre la prehistoria de la codificación: la discusión en torno a la codificación en los siglos XVII y XVIII. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 259-261.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*(16), 89-112.
- Comanducci, P. (2003). Formas de (neo) constitucionalismo: un analisis metateorico. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Contrera Calderón, J. (2011). El precedente Judicial en Colombia: Un analisis desde la Teoría del Derecho. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 331-361.
- Contrera Calderón, J.A. (2011). El precedente Judicial en Colombia: Un analisis desde la Teoría del Derecho. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 331-361.

- Contreras, S. (2013). Derecho positivo y derecho natural: una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación. *Kriterion: Revista de Filosofía*,(127), 43-61. Recuperado el 13 de 02 de 2019, de <http://www.scielo.br/pdf/kr/v54n127/n127a03.pdf>
- Correo, F. J. (2012). Aporte del neoconstitucionalismo a la humanización del derecho en Colombia. (U. S. Tomás, Ed.) *Revista Episteme*(3).
- Cortés, E. (2007). *Fluidez y certeza del derecho ¿Hacia un sistema abierto de fuentes?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cossio, D. &. (1988). *Instituciones de Derecho civil. Parte General Obligaciones y Contratos.(I Tomo)*. Madrid: Civitas.
- Criscuoli, G. (1976). <<La sentenze detalla giustizia ingles: i precedente "vincolanti" e i precedenti "persuasive">>,. *en Economia e Credito* 3,, 1-32.
- Criscuoli, G. (1976). *Le sentenze della giustizia inglese: i precedenti'vincolanti'ed i precedenti'persuasi*. Stampatori Tipolitografi.
- Dalmau, R. M. (2008). Asembleas constituyentes e novo constitucionalismo en América Latina. *Tempo exterior*, 5-15.
- Daniel, J. A. (2012). *Apuntes sobre la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX: de la escuela de la Exegesis a A Ronald Dworkin*. Alicante: Universidad de alicante.
- David, R. (1953). *Tratado de derecho civil comparado* (Segunda ed.). Madrid: Aguilar.
- David, R. C.-S. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (Decima primera ed.). (J. Sanchez Cordero, Trad.) Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- De Castro y Bravo, F. (1961). Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes. *Anuario de Derecho Civil*.
- de Castro-Camero, R. (2010). Ius commune: fundamento del derecho común europeo e iberoamericano. Breve aproximación. Boletín mexicano de derecho comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XLIII*(128), 671-700.

- De Cossio y Corral, Alfonso. (1988). *Instituciones de Derecho Civil* (Tomo I ed.). Madrid: Editorial civilista S.A.
- De la Cueva, M. (2008). *Teoría de la Constitución*. México: Porrúa.
- Del Rosario Rodríguez, M. F. . (2011). La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. *Díkaión: revista de actualidad jurídica*, 20(1). Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4494492.pdf>
- Domat, J. (1777). *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus*. Durant.
- Dworkin, R. (1985). *Questioni di principio*. Milano: Il Saggiatore.
- Espitia Garzón, F. (2006). *Historia del derecho romano* (Segunda ed.). Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Estrada Vélez, S. (2011). La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41(114), 41-76. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3701917.pdf>
- Falcón y Tella, M. (2010). *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*. Madrid.: Marcial Pons.
- Farrell, M. D. (2005). ¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico? *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, Alicante. Recuperado el 23 de 02 de 2019, de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcfb5d6>
- Fernández Barreiro, A. (2004). Un derecho sin espacios: derecho romano ius commune y derecho común europeo. *Anuario da Facultade de Dereito*. Obtenido de <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2307/AD-8-18.pdf?sequence=1>
- Fernández Rozas, J. C. (2005). El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: Reflexiones a propósito del segundo centenario. Recuperado el 19 de 02 de 2019, de <http://eprints.ucm.es/6554/>.
- Ferrajoli, L. (2001). *Pasado y futuro del Estado de Derecho*.

- Ferrante, R. (2013). Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos xix y xx en Europa, con particular atención... *Revista de Derecho Privado*,(25), 29-53. Recuperado el 20 de Enero de 2019
- Flores Avalos, E. L. (2006). Jurisprudencia de conceptos. En N. Gonzalez Martin, & N. Gonzalez Martin (Ed.), *Estudios juridicos en homenaje a Marta Morineau* (Vol. I, págs. 219-232.). Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico.
- Fonseca Ramos, M. (1992). Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución. *Revista de derecho, Universidad del Norte*, 32-45.
- Franco, C. &. (1990). *na constituyente para la Colombia del futuro*. Bogota: Universidad de los Andes.
- Fuentes Campo, A. (2000). Vulgarizacion del Derecho Legislado. *Revista Chilena de Derecho*(27), 777-805. Recuperado el 19 de Enero de 2019, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650177>
- G Jiménez, M César. (2013). La obligatoriedad de la jurisprudencia. *Revista Amicus Curiae, Segunda Época, Valumen I*(Número 2).
- Gallego Marín, Carlos Arturo. (2012). El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social. *Revista Juridica*, 70-90.
- Garcia C, M. (2008). Positivismo jurídico y transformaciones del derecho. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, 201-222. Recuperado el 25 de 02 de 2019, de <http://www.unizar.es/deproyecto/programas/docufilosofia/Calvo.pdf>
- Garcia Gomez, J. E., & Hurtado Quintero, W. F. (2019). La funcion creadora de derecho de los jueces Neoconstitucionalistas en la justicia transicional Colombiana. En E. A. Velandia Canosa, *Derecho Procesal Constitucional. Litigio ante la jurisdiccion Constitucional* (págs. 77-93). Bogota: Universidad La Gran Colombia.
- García Jaramillo, L. (2008). Constitución como provisión e irradiación constitucional: Sobre el concepto de “neo-constitucionalismo”*. *Estudios de Derecho*, 87-109.

- García López, E. (2011). La crisis de las fuentes del derecho. En & E. J. González, *La crisis de las fuentes del derecho en la globalización*. Medellín: Biblioteca jurídica Dike.
- García Máñez, E. (1980). *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa.
- García Villegas, M. (2005). Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano. *Opinión Jurídica*, 4(8), 53-71. Recuperado el 13 de 02 de 2019, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94520495003>
- García, F. M. (1991). Previvencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia. *Revista Chilena de Historia del Derecho*(14), 291-313. doi:0.5354/0719-5451.2012.24835
- García, J. R. (2015). El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán. *Via Inveniendi Et lundicandi*, 10(2), 29-59.
- García-Barrio, T. (2006). La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del Derecho en constante renovación. *En Foro, nueva época*(No. 4), 127-152.
- Gargarella, R. (2000). Los jueces frente al 'coto vedado'. *Doxa. Discusiones. Publicaciones periódicas*(1).
- Gargarella, R. (2015). El «nuevo constitucionalismo Latinoamericano». *Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral*, 48(1), 169-174.
- Garrido Martín, J. (2017). Ciencia del Derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de Conceptos. *Revista Derechos y Libertades*(37), 207-232.
- Gény, F. (2000). *Método tradicional y fuentes en Derecho Privado Positivo*. Granada: Colmenares.
- Gil, M. R. (1994). consideraciones sobre la codificación civil española y su influencia en las codificaciones iberoamericanas. *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*(6), 211-226. Recuperado el 20 de 02 de 2019, de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1994-6-2F4B3E10&dsID=PDF>
- Godoy, J. J. (1995). Sistema Jurídico de Kelsen-Sintesis y Critica. *Revista chilena de Derecho*(22), 109-118. Recuperado el 24 de 02 de 2019

- Gomez García, J. E. (2011). La independencia judicial (jurisdiccional) como garantía del debido proceso, a partir de la jurisprudencia judicicia. *DIXI*(14), 88-101.
- Gómez, P. C. (2007). Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. Recuperado el 24 de 04 de 2019, de <https://www.uv.es/cefd/15/cuenca>
- González Manrique, U. (2014). Innovación jurisprudencial del derecho procesal constitucional colombiano: efectos de sentencias inter pares e inter comunis. *Revista Principio Iuris*(n° 21), 169-193.
- González Martín, N. (2010). *Sistemas jurídicos contemporáneos*. Mexico: Nostra Ediciones. Obtenido de <https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/sistemas-juridicos-nuria-gonzalez.pdf>
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional* (Primera ed.). Mexico: DOCTRINA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA.
- Guastinni, R. (1999). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa.
- Guerra, L. M. (1997). El gobierno de los jueces. *Parlamento y Constitución. Anuario, 1*, 11-32.
- Gutiérrez González, Helton David. (2013). *La interpretación del artículo 230 de la Constitución Política de 1991 de Colombia. López Medina vs. Tamayo. ¿Una discusión dogmática?* (Universidad Sergio Arboleda) Recuperado el 16 de abril de 2019, de Revista- Cuaderno de las Maestría en Derecho: <http://hdl.handle.net/11232/503>
- Guzmán, A. (2000). *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. Fundación Histórica Tavera.
- Hamilton, A, Madison, J & Jay, J. (1957). El federalista. México: Fondo de Cultura Económica.
- Haro, R. (2004). El control de constitucionalidad comparado y el rol pragmático de la corte y tribunales constitucionales. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
- Henry Merryman, J. (1980). *La tradición romano jurídica - canónica* (segunda ed.). (E. Suárez, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

- Henry Merryman, J., & Pérez Perdomo, R. (2015). *La tradición jurídica romano-canónica* (Primera edición electrónica, 2015 ed.). (E. L. Suarez, Trad.) Mexico: Fondo de cultura económica.
- Hernández Gil, A. (1945). Metodología del derecho (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas). *Revista de Derecho Privado*.
- Hernandez José. (2001). El formalismo jurídico de la teoría jurídica Jurídica estadounidense. *Anuario de Filosofía del derecho*, 267-299.
- Hespanha, A. M. (2012). Matices a la interpretación tradicional de la exégesis. (A. Botero Bernal, Ed.) *Revista Jurídicas*, 120-135.
- Hinestrosa, F. (enero-junio de 2006). Código Civil de Bello en Colombia. *Revista de Derecho Privado*(10), 5-27. Recuperado el 22 de 01 de 2019, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537586001>
- Houtart, F. (2011). *El concepto de semak kawasai (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad*. Recuperado el 30 de Mayo de 2019, de Ecuador debates: <https://www.alainet.org/es/acive/47004>
- Iglesias, J. (2010). *Derecho romano: historia e instituciones*. Sello Editorial SL.
- Ihering, R. v. (1933). *Jurisprudencia en broma y en serio*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Iregui Parra, P. M. (2014). *Una mirada al papel del precedente judicial y su aplicación por parte de los jueces administrativos y de la administración pública*. Bogotá, Colombia: Univesidad del Rosario.
- Iturralde, V. (2013). Precedente Judicial. *Economía. Revista en Cultura de la legalidad*, n° 4. Recuperado el 25 de marzo de 2019, de [http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2013/03/13-Eunomia4_Iturralde.pdf].
- Jaimes, I. J. (2016). *Construcción Metodológica de la Jurisprudencia y el Precedente como fuente del Derecho Administrativo Colombiano*. Bogotá: Universidad Konstanz de Alemania y Santo Tomás.

- Jiménez, G. &. (2012). LA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA. *Amicus Curiae, Segunda Época, 1(2)*.
- Josserand, L. (1930). *Cours de Droit Civil Positif Francais*. Paris: Recueil Sirey.
- Kaufman, A. (2016). Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 133-142.
- Kaufman, A. H. (1992). *Pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate.
- Kelsen, H. (1988). *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional) Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Editorial Debate.
- Kelsen, H. (1993). *Teoría pura del Derecho*. México: Porrúa.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Kensel, H. (1960). *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*.
- Kokourek, A. y Koven, H. (1935). "The Common law: Judge Imparciality and Judge made law". *The Law Quarterly Review, Vol. 29(8)*, 155-182.
- Koschaker, P. (1955). *Europa y el derecho romano*.
- Kunkel, W. &. (1985). *Historia del derecho romano*. Barcelona: Ariel.
- Lapasta, I. M. (2000). El sistema del common law en el Derecho inglés y el Derecho de los Estados Unidos de América. *Revista de la Facultad de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho(18)*, 69-78. Obtenido de [//revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/268](http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/268)
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho* (Segunda ed.). Madrid: Ariel.
- Lascarro Castellar, C. (2012). De la hegemonía (neo) constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Jurídicas, 9(2)*.
- Latorre, Á. (1985). *Introducción al estudio del Derecho*. Barcelona : Ariel.
- Legarre, S. (2005). Stare decisis y derecho judicial: a propósito de la enseñanza del profesor Bidrt Campos, *El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional. El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional*. Recuperado el 13 de marzo de 2019, de

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/stare-decisis-derecho-judicial-enseñanzas.pdf>

Legarre, S. (2005). *Stare decisis y derecho judicial: a propósito de la enseñanza del profesor Bidrt Campos, El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional*. Recuperado el 13 de marzo de 2019, de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/stare-decisis-derecho-judicial-enseñanzas.pdf>

Legis Ámbito jurídico. (19 de julio de 2017). *Aunque fallos de revisión de tutela tengan efectos 'inter partes' su 'ratio decidendi' es vinculante*. Recuperado el 29 de abril de 2019, de Lagis Ámbito jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/aunque-fallos-de-revision-de-tutela-tengan>

Llano, J. (2017). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y derechos diferenciados. *Revista Verba Iuris*, 13-32.

Llano, J. V. (2012). Teoría del derecho y pluralismo jurídico. *Criterio Jurídico*, 12(1), 191-214.

Lonchero Gámez, J. C. (2012). El precedente Constitucional en Colombia y su Estructura Argumentativa. *Universidad de la Sabana Dikalon*, 1((21)), 159-185.

Londoño Bedoya, J. X. (2014). El Precedente Administrativo en el Ordenamiento jurídico Colombiano. *Revista Summa Iuris*, 195-216. Obtenido de <https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/article/view/1460>

López Medina, D. (2006). *Interpretación Constitucional*. Bogotá, D.C: Universidad Nacional de Colombia: Leyer.

López Medina, D. E. (2000). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Univeridad de los Andes.

Lopez Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis.

Lopez Medina, D. E. (2013). *Teoria impura del derecho. transformacion de la cultura juridica en latinoamerica*. Bogotá, Colombia: Legis.

- Lozada Pimiento, N. (11 de Diciembre de 2018). La doctrina probable: ¿criterio auxiliar o legislación judicial? *Ambito Juridico*.
- Machicado, J. (2007). *Corpus Iuris Civilis, Cuerpo De Derecho Del Ciudadano Romano. CED Centro De Estudios De Derecho*, 1-8. Obtenido de <http://h1.ripway.com/ced>
- Maitland, F. W. (1936). *Equity. A Course of Lectures* (2a. ed ed.). (M. Morineau, Trad.) Londres: Cambridge University Press.
- Manuel J. Rodriguez Puerto. (1999). Ronald Dworkin y la creación judicial del derecho: una reflexión breve. *Anuario de filosofía del derecho*(Nº 16), 121-141.
- Marcone, J. (2005). Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. *Andamios*(1), 123-148.
- Martínez, D. (2000). *Fundamentos para una introducción al derecho*. Universidad de Antioquia.
- Máynez, E. G. (1968). Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico, y Iusnaturalism. *Nacional Autónoma de México-FFL*.
- Medina Montoya, L. E. (2011). *La Excepción se hace regla: El Derecho judicial. El Precedente judicial en el discurso de las fuentes del derecho*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Mendieta González, D., & Tobón Tobón, M. L. (2018). El (des) control de constitucionalidad en colombia. *Estudios constitucionales*, 2(16), 51-88.
- Mendoza Anaya, J. X. (2005). Concurso entre el delito de prevaricato por acción y homicidio culposo desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva. *Revista de Derecho*, 24(24), 206-229. Obtenido de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2559/1677>
- Mesa M, D. A. (2002). Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo. *Criterio juridico*.
- Metro, A. (2012). *Las fuentes del derecho romano* (olección Monografías de derecho romano. Sección Derecho público y privado romano ed.). Madrid: Dykinson, S.L.
- Mitteis, L. (1891). *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*. BG Teubner.

- Moisset de Espanés, L. (1992). Reflexiones sobre la llamada escuela de la exégesis. *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*(15), 78-85.
- Monroy Cabra, M. G. (2004). La necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un estado social de derecho. *Anuario de derecho contitucional latinoamericano*, 15 - 40. Recuperado el 24 de 02 de 2019
- Monroy Cabra, M. G. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Bogota: Universidad del Rosario.
- Monroy Cabra, M. G. (2010). *Introducción al derecho*. Bogota: Temis S.A.
- Monroy Pajoy, J. S., Patiño Pelaéz, L. M., & Pérez Marín, M. (10 de septiembre de 2017). *Efectos inter comunis de los fallos de tutela aplicados al derecho administrativo en los años 2013-2016 en Colombia*. Recuperado el 27 de abril de 2019, de Universidad Libre: <http://repositorio.unilibreperira.edu.co:8080/pereira/handle/1233456789/939>
- Monroy, M. (1973). *Introducción al derecho* (Segunda Edición ed.). Bogotá: Temis.
- Montanos Ferrín, E. &.-A. (1991). *Historia del derecho y de las instituciones, tomo I*. Madrid: Dykinson.
- Montero A. (1984). Ideologías y fuentes del derecho. *Revista de Estudios Políticos*.
- Montoya, L. E. (2011). *La Excepción se hace regla: El Derecho judicial. El Precedente judicial en el discurso de las fuentes del derecho*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Moreno Perez, J. L. (2000). Estudio preliminar. el pensamiento científico de Geny: el problema del metodo. En G. François, *Metodos de interpretacion y fuentes en derecho privado positivo*. Granada: COMARES, S.L.
- Morineau Iduarte, M. (1998). *Una introducción al Common Law*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Motta Navas, A. A. (2012). *La importancia de la jurisprudencia en Colombia*. Bogota, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura- GIZ-Cooperación República Alemana y República de Colombia. Recuperado el 12 de 03 de 2019, de

https://metodosderesoluciondeconflictos.files.wordpress.com/2014/07/07_import_jurisp_col.pdf

Murgoitio, J. M. (2012). *erecho canónico en tiempos de cambio. Actas de las XXX Jornadas de Actualidad Canónica [RECENSIÓN]*. Madrid: Dykinson.

Nacional., C. (1930). *Codifiacion Nacional. XVIII.*

Nino, C. S. (1974). Consideraciones sobre la dogmática jurídica. *Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Instituto de Investigaciones Jurídicas.*

Noguera-Fernández, A., & de Diego, M. C. (2011). La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 15-49. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1506>

Nuria Belloso , M. (2015). El Neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse? *CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*(32), 21-54.

Ordóñez, J. B. (2016). Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina. *Ius Humani. Law Journal*, 173-188. Obtenido de <http://www.iushumani.org/index.php/iushumani/article/download/99/85>

Orozco, M. X. (2011). *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Madrid: Editorial Arazandi.

Osorio Gómez, O. (18 de Marzo de 2016). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano frente al neoconstitucionalismo*. Obtenido de Hechos y Derechos, Número 32, marzo-abril 2016: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/rt/printerFriendly/10289/12308>

Ospina, A. (2013). *Los grandes fallos de loa jurisprudencia administrativa colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ostrogorsky, G. (1984). *Historia del Estado bizantino* (Vol. 55). Ediciones Akal.

Parra, M.V. (2004). El precedente judicial en el derecho comparado. *Criterio jurídico* , 241-264.

- Pastor, R. V., & Dalmau, R. M. (2010). ¿se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? *In VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Constituciones y principios*.
- Pastor, R. V., & Dalmau, R. M. (2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, 4(25). Obtenido de <http://revistaius.com/index.php/ius/article/view/214>
- Pérez Luño, A. E. (1991). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel S.A.
- Pound, R. (1912). The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, III: Sociological Jurisprudence. *En: Harvard Law Review* 25 (6), 489-519.
- Poveda Rodríguez, A. (2015). *El precedente en el Derecho colombiano un estudio comparado con la jurisprudencia*. Recuperado el 19 de abril de 2019, de Universidad Católica de Colombia:
<http://repository.ucatolica.edu.co/jspui/bitstream/10983/2587/1/EL%20PRECEDENTE%20EN%20EL%20DERECHO%20COLOMBIANO.pdf>
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional. *Doxa*, 339-353.
- Pozzolo, S. (2016). Neoconstitucionalismo. *Eunomia. revista en la cultura de la legalidad.*, 142-151. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3284>
- Pulido C. B. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pulido, C. B. (2008). Precedente en Colombia. *El. Rev. Derecho del Estado*, 81-94.
- Quince Ramírez, M. (2009). *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y su reforma*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Radio Nacional de Colombia. (20 de Junio de 2019). El río Cauca es sujeto de derechos”: Tribunal Superior de Medellín. *Radio Nacional de Colombia*. Obtenido de Radio Nacional de Colombia: <https://www.radionacional.co/actualidad/regiones/rio-cauca-sujeto-derechos-hidroituango>

- Rafael Rojina Villegas. (1976). *Introducción al estudio del derecho* (2a ed ed.). México: Editorial Porrúa.
- Ramírez, G. (2008). Los derechos humanos en la sociedad contemporáneas.
- Ramírez, M. &. (2013). *La cultura jurídica en Colombia: un fenómeno que necesita actualizarse*. Bogota: Doctoral dissertation, Universidad Nacional de Colombia.
- Ramos Fonseca, M. (1992). Las fuentes formales del derecho colombiano. *Revista Universidad del Norte*.
- Ramos, E. A. (2014). Perspectivas y retos del sistema jurídico en Colombia. Una mirada al precedente constitucional como tendencia anti-formal y obligatoria. (U. S. Bolívar, Ed.) *Justicia*(25), 151-161. Recuperado el 25 de 02 de 2019, de <http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/justicia/index.php/justicia>
- René, D. (1953). *Tratado de Derecho civil comparado (Introducción al estudio de los Derechos extranjeros y al método comparativo)* (Vol. XXXVI). (J. Osset, Trad.) Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Rodríguez Palop, M. E. (2010). La nueva generación de los derechos humanos. *Origen y justificación*.
- Romero, C. (1994). el concepto de «libre investigación científica» de geny: una teoría de la interpretación jurídica entre el positivismo y la sociología del derecho. *Boletín de la Facultad de derecho*(6), 235-244. Recuperado el 25 de 02 de 2019
- Ross, A. (1977). *Sobre el Derecho y la Justicia, las fuentes del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria.
- Ross, A. (2007). *Teoría de las fuentes del derecho (contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigación histórico-dogmáticas)*. Madrid: Centro de Estudio Político y Constitucionales.
- Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 199-220.

Recuperado el 22 de 02 de 2019, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3743458.pdf>

- Saffon, M. P.-V. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 75-107.
- Salazar Ugarte, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. En L. G. Valadés, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Salinas Arenas, M. A. (2012). El precedente en la doctrina judicial sobre la sustitución Constitucional. *Iter Ad Veritatem*, 197-230.
- San Vicente Parada, A. (2016). El papel del juez en la escuela de la exégesis. *revista de la facultad de derecho de méxico*(266), 423-456.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *La fuerza del precedente administrativo en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano* (Vol. (Vol. I)). Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Sartori, G. (2001). *La sociedad multiétnica*. Obtenido de Madrid:Tauro: <http://www.hugoperezidiart.com.ar/sigloXIX-cl2012/sartori-2001-1.pdf>.
- Schiciele, C. (2008). *La jurisprudencia como fuente de derecho: El papel de la jurisprudencia*. Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Schiele Manzor, C. (2008). La Jurisprudencia como fuente del derecho. El papel de la jurisprudencia. *Monografía presentada para aprobar el curso tic Fundamentos Teóricos de la Ciencia del Derecho*, 181-200.
- Schiele, C. (2017). La jurisprudencia como fuente del derecho: El papel de la jurisprudencia. *Ars Boni et Aequi*(4), 181-200.
- Semana. (20 de Junio de 2019). Histórico: declaran al río Cauca como sujeto de derechos. *Semana*. Obtenido de Semana: <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/historico-declaran-al-rio-cauca-como-sujeto-de-derechos/44662>
- Solar, J. I. (Marzo-agosto de 2012). Algo del realismo sobre el realismo. *Eunomia Revista*(No. 2).

- Solarte Portilla , M. (2007). Seguridad Jurídica. *Corte Suprema de Justicia*.
- Solorzano Jaimes, J. M. (2014). *La codificación, la descodificación y la recodificación: el recorrido histórico del código civil*. Bogotá: Universidad católica de Colombia.
- Sotillo Antezana, A. R. (2015). La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Ciencia y Cultura*, 19(35), 163-183. Obtenido de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2077-33232015000200009&script=sci_arttext&tlng=en
- Souza, M. L. (2001). Introducción: El Uso Alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil. *Ilsa, Universidad Nacional de Colombia*, 4-40.
- Stone, M. (2002). Formalism. (J. y. COLEMAN, Ed.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*.
- Tabares, C. (2017). La reforma del Código Civil Francés. Un proemio al cambio estructural de. *Revista Verba Iuris*,(12), 155-169.
- Tafur Morales, F. (1938). *La nueva jurisprudencia de la Corte*. Bogotá: Óptima.
- Tamayo Jaramillo, J. (12 de Mayo de 2017). Por una definición exacta de la constitucionalización del Derecho”, opinión. *Ambito juridico*. Recuperado el 25 de 02 de 2019, de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/por-una-definicion-exacta-de-la>
- Tamayo Jaramillo, J., & Jaramillo , C. (2012). *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Colección Perspectivas del Derecho (3).
- Tamayo, J. (2009). *La Hermenéutica Constitucional Y Legal Al Rescate De La Pureza Del Derecho*. Obtenido de http://www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1_JTJ/T1_JTJ_LIBRO.pdf
- Tamayo, J., & Jaramillo, C. (2012). *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Colección perspectivas del Derecho.
- Taruffo, M. (1994). "Dimensioni del precedente giudiziario". *Rivista trimestrale di diritto e procedura Civile*(2).

- Taruffo, M. (1996). "Per un analisi comparata del precedenti giudiziario. *Region practica*, 55-64.
- Taruffo, M. (2007). *jurisprudencia y doctrina*. Universidad Icesi.
- Taruffo, M. (2007). Precedente y Jurisprudencia. *Revista precedente*.
- Timm Hidalgo, A. K. (2014). Antiformalismo juridico aproximaciones basicas. *Revista de Derechos Fundamentales*(11), 195-226. Recuperado el 24 de 02 de 2019
- Torres Ávila, J. (Enero-Junio de 2011). La vinculación del juez a la ley y el derecho. *CRITERIOS - Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*, 4(1), 19-53. Recuperado el 23 de 02 de 2019
- Torres Zárata, F. &. (2008). Common Law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y el sistema estadounidense. *Alegato- Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*. Obtenido de alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/download/446/434
- Valencia Zea, A. (1957). *Derecho Civil*. Bogota : Temis.
- Vasiliev, A. A. (1946). *Historia del Imperio bizantino*. Iberia-Joaquín Gil.
- Vattuone, E. X. R. (2013). La naturaleza... un sujeto con derechos. *Investigación educativa*, 121. Obtenido de Integra Educación: <http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=S1997-40432013000300007>
- Vélez, S. E. (2011). La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*(114), 41-76. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3701917.pdf>
- Vélez, S. E. (2010). Los principios jurídicos en Colombia. *Diálogo de saberes*(32), 159-171.
- Vera Lara, J. M. (2000). *Hans Kelsen Una Vision Moderna de la Teoria Pura del Derecho* (Vol. 35). Chile: La Ley. Recuperado el 24 de 02 de 2019, de <http://dspace.otalca.cl/bitstream/1950/5114/2/27488.pdf>
- Vidal, F. M. (1992). *La jurisprudencia ¿Fuente de Derecho?* Valladolid: Editorial Lex Nova.
- Villabella, C. M. (2014). *Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Un nuevo paradigma?* Mexico: Mariel.

Villar Borda, L. (2009). De Como se destruye un tribunal Constitucional. *Derechos y Libertades*.(20), 47-56. Recuperado el 24 de 02 de 2019, de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/11254>

Villegas, R. R. (1976). *introducción al estudio del derecho*. Editorial Porruá.

Zárate Humberto, J., Martínez García, P. O., & Ríos Ruiz, A. (1997). *sistemas jurídicos contemporáneos*.

Zúñiga Blanco, G. A., & Cabello Blanco, M. (2007). *Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico Colombiano*. Barranquilla: Ediciones Uninorte.

SENTENCIA.

Sentencia T-006 (Corte Constitucional Colombia 12 de Mayo de 1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-006-92.htm>

Sentencia T-306 (Corte Constitucional Colombia 3 de Agosto de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-306-93.htm>

Sentencia (Auto 071) (Corte Constitucional Colombia 27 de Febrero de 2001). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2001/a071-01.htm>

Sentencia C-037 (Corte Constitucional Colombia 5 de Febrero de 1996). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

Sentencia C-083 (Corte Constitucional Colombia 1 de Marzo de 1995). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>

Sentencia C-104 (Corte Constitucional Colombia 11 de Marzo de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm>

Sentencia C-113 (Corte Constitucional Colombia Marzo de 25 de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-113-93.htm>

Sentencia C-1287 (Corte Constitucional Colombia 5 de Diciembre de 2001). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm>

Sentencia C-131 (Corte Constitucional Colombia 1 de Abril de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>

Sentencia C-178 (Corte Constitucional de Colombia 26 de Marzo de 2014). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-178-14.htm>

Sentencia C-335 (Corte Constitucional Colombia 16 de Abril de 2008). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

Sentencia C-415 (Corte Constitucional de Colombia 6 de Junio de 2012). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-415-12.htm>

Sentencia C-486 (Corte Constitucional Colombia 28 de Octubre de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-486-93.htm>

Sentencia C-530 (Corte Constitucional Colombia 11 de Noviembre de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-530-93.htm>

Sentencia C-543 (Corte Constitucional Colombia 1 de Octubre de 1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-543-92.htm>

Sentencia C-557 (Corte Constitucional Colombia 2 de Diciembre de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-557-93.htm>

Sentencia C-586 (Corte Constitucional Colombia 26 de Octubre de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-586-16.htm>

Sentencia C-590 (Corte Constitucional Colombia 8 de Junio de 2005). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-590-05.htm>

Sentencia C-591 (Corte Constitucional Colombia 9 de Junio de 2005). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-591-05.htm>

Sentencia C-634 (Corte Constitucional Colombia 24 de Agosto de 2011). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>

Sentencia C-816 (Corte Constitucional Colombia 1 de Noviembre de 2011). Obtenido de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-816-11.htm#_ftnref11

Sentencia C-836 (Corte Constitucional Colombia 9 de Agosto de 2001). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

Sentencia C-917 (Corte Constitucional Colombia 29 de Agosto de 2001). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-917-01.htm>

Sentencia STC4360, 11002-22-03-000-2018-00319-01 (Corte Suprema de Justicia 5 de Abril de 2018). Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>

Sentencia SU-023 (Corte Constitucional Colombia 26 de Septiembre de 2001). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1023-01.htm>

Sentencia SU047 (Corte Constitucional Colombia 29 de Enero de 1999). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

Sentencia SU-1023 (Corte Constitucional Colombia 26 de Septiembre de 2001). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1023-01.htm>

Sentencia SU116 (Corte Constitucional Colombia 8 de Noviembre de 2018). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU116-18.htm>

Sentencia SU-478 (Corte Constitucional Colombia 25 de Septiembre de 1997). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU478-97.htm>

Sentencia SU-636 (Corte Constitucional Colombia 31 de Julio de 2003). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/SU636-03.htm>

Sentencia SU-995 (Corte Constitucional Colombia 9 de Noviembre de 1999). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU995-99.htm>

Sentencia T-072 (Corte Constitucional Colombia 27 de Febrero de 2018). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-072-18.htm>

Sentencia T-123 (Corte Constitucional Colombia 21 de Marzo de 1995). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-123-95.htm>

Sentencia T-146 (Corte Constitucional Colombia 31 de Marzo de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-146-16.htm>

Sentencia T-175 (Corte Constitucional Colombia 8 de Abril de 1997). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-175-97.htm>

Sentencia T-203 (Corte Constitucional Colombia 19 de Marzo de 2002). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-203-02.htm>

Sentencia T-205 (Corte Constitucional Colombia 4 de Marzo de 2004). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-205-04.htm>

Sentencia T-227 (Corte Constitucional Colombia 17 de Marzo de 2003). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-227-03.htm>

Sentencia T-233 (Corte Constitucional Colombia 20 de Abril de 2017). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-233-17.htm>

Sentencia T-260 (Corte Constitucional Colombia 20 de Junio de 1995). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-260-95.htm>

Sentencia T-266 (Corte Constitucional Colombia 23 de Mayo de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-266-16.htm>

Sentencia T-273 (Corte Constitucional Colombia 9 de Mayo de 2013). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-273-13.htm>

Sentencia T-289 (Corte Constitucional Colombia 26 de Julio de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-289-93.htm>

Sentencia T-292 (Corte Constitucional Colombia 28 de Julio de 1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-292-93.htm>

Sentencia T-321 (Corte Constitucional Colombia 2 de Julio de 1998). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-321-98.htm>

Sentencia T-357 (Corte Constitucional Colombia 31 de Agosto de 2018). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-357-18.htm>

Sentencia T-406 (Corte Constitucional Colombia 5 de Junio de 1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

Sentencia T-414 (Corte Constitucional Colombia 15 de Junio de 1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-414-92.htm>

Sentencia T-418 (Corte Constitucional Colombia 9 de Septiembre de 1996). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-418-96.htm>

Sentencia T-468 (Corte Constitucional Colombia 5 de Junio de 2003). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-468-03.htm>

Sentencia T-493 (Corte Constitucional Colombia 13 de Mayo de 2005). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-493-05.htm>

Sentencia T-502 (Corte Constitucional Colombia 27 de Junio de 2002). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-502-02.htm>

Sentencia T-534 (Corte Constitucional Colombia 24 de Septiembre de 1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-534-92.htm>

Sentencia T-556 (Corte Constitucional Colombia 6 de Octubre de 1998). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-556-98.htm>

Sentencia T-567 (Corte Constitucional Colombia 24 de Julio de 2014). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-567-14.htm>

Sentencia T-583 (Corte Constitucional Colombia 26 de Julio de 2006). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-583-06.htm>

Sentencia T-622 (Corte Constitucional Colombia 10 de Noviembre de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-622-16.htm>

Sentencia T-698 (Corte Constitucional Colombia 22 de Julio de 2004). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-698-04.htm>

Sentencia T-738 (Corte Constitucional Colombia 27 de Agosto de 2003). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-738-03.htm>

Sentencia T-823 (Corte Constitucional Colombia 17 de Octubre de 2012). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-823-12.htm>

Sentencias SU-738 (Corte Constitucional Colombia 27 de Agosto de 2003). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-738-03.htm>