

El precedente en el Sistema Jurídico Colombiano

Rodolfo Pérez Vásquez

Doctor en Derecho Procesal contemporáneo Y Administración, Hacienda y Estado social Univ Salamanca, docente pre-posgrado. Email: rodolfoperezvasquez@yahoo.com

Iveth Rodríguez Muñoz

Doctora en Derecho Procesal contemporáneo Docente y directora de semilleros de la Universidad Autónoma del Caribe, Docente pre-posgrado. Email: iveth.rodriguez71@uac.edu.com

RESUMEN

El precedente judicial es la norma jurídica con carácter general y abstracto, que se origina en la práctica de la función jurisdiccional de los órganos judiciales. En consecuencia, por medio del presente artículo se desarrolla el concepto de precedente judicial a través de los paradigmas de varios autores tratadistas, atendiendo su desarrollo histórico desde el punto de vista del Common Law y Civil Law y reflexionando sobre el progreso del precedente a través del sistema jurídico colombiano, tomando como eje de partida las constituciones de 1886 y 1991.

Palabras clave: *decisión judicial, precedente, precedente judicial, prueba, verdad.*

ABSTRAC

Judicial precedent is the legal norm with a general and abstract character, which originates in the practice of the jurisdictional function of judicial bodies. Consequently, through this article the concept of judicial precedent developed through the paradigms of several treatise authors, attending to its historical development from the point of view of Common Law and Civil Law. However, it reflecting on the progress of the precedent through the Colombian legal system, taking as its starting point the constitutions of 1886 and 1991.

Keywords: *judicial decision, judicial precedent, precedent, proof, truth.*

Antecedentes

Es conocido que el sistema del Common Law, se fundamenta en el precedente judicial, que surgió en Inglaterra y luego se extendió a sus colonias, después de su independencia la mayoría conservó el sistema de Common Law, que rige hoy en el Reino Unido y EE. UU con excepción de Escocia y Canadá.

El nombre “Derecho Anglosajón”, se deriva de la concepción del derecho medieval inglés, que era exclusivamente administrado por los tribunales del Reino, los cuales, por falta de legislaciones escritas aplicaban las costumbres comunes (del inglés “Common”).

Principio fundamental en que se basan

La base del Common Law, es el argumento de que los asuntos sometidos a los tribunales se deben resolver tomando como referencias las sentencias dictadas antes en casos semejantes por otros tribunales superiores, en vez de atenerse a las leyes escritas promulgadas por el legislador.

Diferencia con el sistema romano – francés

En el sistema romano – francés, se dictan sentencias ateniéndose a la ley y no con referencia a sentencias dictadas con anterioridad.

La creación del precedente no es sencilla

Algunas veces, se toman varias sentencias sobre una serie concreta de respuestas semejantes y se extraen reglas generales o precedentes, que orientan a los jueces para casos posteriores. Estos casos posteriores, pueden tener variación en los hechos, lo que lleva al juez a crear una decisión parcial o totalmente diferente a la precedente, creando a su vez, un nuevo precedente.

Cómo se crea una nueva regla

Mediante un razonamiento que el juez hace, fundamentado en su discrecionalidad o libertad para adaptarse del precedente, en el que resalta la circunstancia factual que considera nueva, que no se advierte en el precedente y que, por ser determinante en el proceso, influye en la decisión provocando el nuevo precedente.

El sistema del Common Law, tiene un diseño especial para la configuración jurisdiccional nombrado por la doctrina como estructura piramidal, en la que aparecen en primer plano, el Trial Court, que son los tribunales de primera instancia y por encima de ellos como superiores, están los tribunales de apelación, que ejercen los controles para determinar si efectivamente aquellos aplicaron correctamente tanto los principios, como los procedimientos y las conclusiones. De las discusiones y apreciaciones hechas por las cortes de apelación, surgen los precedentes, los cuales se basan fundamentalmente en los hechos y sobre ellos, crean la norma que sirve de precedente a casos sucesivos con ellos como análogos.

Creación del sistema jurídico por el juez

Según defensores del Common Law, la vida se encuentra en permanente cambio, por lo tanto, el derecho también debe serlo, así que es mejor sistema el derecho creado por jueces, porque permiten ajustar-se más a los cambios sociales.

Según la concepción romano-francesa, la creación jurídica emana del poder popular, es la expresión directa de la democracia, sea que lo haga directamente el pueblo o sus representantes, por este motivo, para ellos el mejor sistema es el edificado o legislado.

Jurisprudencia y precedente

Jurisprudencia, viene de las voces latinas juris, que significa Derecho y providentia o prudentes, que se refiere a prudencia, sabiduría. En Roma se asocia a la creencia de lo justo o lo injusto.

La Jurisprudencia en el sistema jurídico romano – francés se deriva de la interpretación de las normas, leyes y disposiciones escritas y conocidas como reglas generales.

En el sistema del Common Law el Derecho se deriva de asumir las decisiones basadas en sentencias por otros tribunales.

Otra distinción, es que en la Jurisprudencia los tribunales interpretan normas y reitera la misma interpretación de un precepto, se dice que “sienta Jurisprudencia”.

El precedente y la Jurisprudencia según Michelle Taruffo

Siguiendo la anterior corriente, que concibe como diferente el precedente de la Jurisprudencia, precisa el maestro italiano Michelle Taruffo, (2007), que serias investigaciones han acreditado que la referencia al precedente ya no es una característica peculiar del Common Law, sino que hacen un amplio uso de la ley escrita.

Implicaciones cuando hay varias citaciones

Esta es la principal dificultad para establecer cuál debe ser la decisión verdaderamente relevante para establecer cuantas decisiones y cuáles son las que forman una Jurisprudencia relativa a una determinada interpretación de una norma.

Un segunda tipo es el cualitativo: el precedente provee una regla susceptible de ser universalizada, es decir, que puede ser aplicada con criterio de decisión en el caso sucesivo, por la identidad o analogía que existe entre los hechos, de tal suerte, que el precedente lo establece el juez que conoce el segundo proceso, al aplicar a esta la ratio decidendi del primer caso.

La Jurisprudencia, se constituye por máximas elaboradas por la Corte Suprema a través de interpretaciones que hace de la norma general al caso concreto, la Jurisprudencia no se funda generalmente en los hechos, sino en la subsunción del caso sucesivo en una regla general.

Para el doctor Taruffo, (2007), en la Jurisprudencia no se presta mayor atención a los hechos, en ocasiones cuando se hace referencia a ellos, es de manera sintética en la parte narrativa de la sentencia.

Las sentencias de casación se estudian para describir donde está y cuál es el principio de Derecho, porque eso que se busca es la Regula Juris abstracta que se

aplica al caso sucesivo y no la individualización del caso que ha sido objeto de decisión.

En el sistema del precedente la Ratio Decidendi, es la regla de derecho que constituye el fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso, en otros términos, por la referencia directa a los hechos de la causa se pueden determinar cuál es la razón jurídica efectiva de la decisión.

Referente nominal y fuerza del precedente

En el sistema de Common Law es corriente utilizar la denominación de precedente vinculante, que en el Civil Law, se utiliza precedente persuasivo.

No es apropiado hablar de precedente vinculante porque ello conlleva a la obligación del juez de atenerse al precedente. En la práctica, los jueces argumentan sus decisiones utilizando técnicas como el distinguishing y el overruling para apartarse del precedente. El distinguishing se da, cuando se crea una nueva regla al considerar que hay grandes diferencias entre ambos casos y merecen un trato judicial diferente. Por su parte, el overruling, cuando una Corte de Apelación considera que la decisión adoptada respecto de una apelación anterior en un asunto determinado no fue correcta y en consecuencia, dicho precedente carece de poder vinculante.

La fuerza del precedente

Es el grado o la intensidad con que el precedente logra influir en las decisiones sucesivas. En jueces de inferior jerarquía (vertical), la fuerza del precedente atiende el grado de autoridad que es fuente, por venir de un superior. En cambio, en el precedente horizontal la fuerza persuasiva es menos fuerte porque tratándose de jueces del mismo nivel no hay diferencias de autoridad.

La fuerza del presente se orienta desde la ratio decidendi, porque expresa las razones jurídicas de la decisión y sirve para establecer la regla con carácter vinculante.

Principio de constitucionalidad y de justicia de la ley Este principio hace referencia a que toda ley se presume constitucional y justa, a razón de haber sido expedida por una autoridad como es el legislador que representa la voluntad y querer del pueblo.

Bajo el fuerte positivismo la Jurisprudencia se tornó mecánica, al expresar de modo trascendental el interés por buscar la correcta aplicación de la norma que se presumía justa sin mostrar esmero por la justicia del caso. El problema de la Jurisprudencia se presen-

tó cuando la realidad fáctica de los conflictos representados en cada caso, no podían ser subsumidos por las normas de carácter general. Esta situación trajo como consecuencia, que se profieran frente a casos análogos decisiones diferentes sin que se dieran criterios orientadores y bien justificados de esas formas decisorias, lo cual generaba inseguridad y quebrantamiento al derecho de igualdad.

Como es bien sabido, la Jurisprudencia no podía ser causante de tan menospreciada manera de impartir justicia, por lo que optó por buscar soluciones a esa indeseable práctica, de ahí la importancia de unificar la Jurisprudencia y crear doctrinas persuasivas que le sirvan a los jueces para decisiones sucesivas. Lo anterior, no tenía el carácter vinculante, era más voluntaria, pero alineaban los criterios jurídicos en la interpretación de las normas generales que aplicaban al caso concreto.

En este sentido, la Jurisprudencia se basa en la interpretación de la norma, como deber constitucional de someterse al imperio de la ley, promulgando un mayor respeto a la norma, que a los hechos del caso.

La Jurisprudencia en el Derecho comparado

En Italia el artículo 65 del Decreto del 30 de enero de 1941, establece que la Corte Suprema de Casación tiene como función la observancia exacta y uniforme de la interpretación de la ley y la unidad del derecho objetivo nacional, sin otorgarle la facultad de poder emitir precedentes vinculantes, ya que este concepto es ajeno al ordenamiento jurídico italiano, por lo que el sentido de la norma en mención era que las decisiones de la Corte de Casación al ser esta la última y decisiva instancia, sean consideradas voluntariamente por las instancias inferiores al momento de resolver el conflicto de intereses de una manera parecida al precedente vinculante pero sin serlo.

Sin embargo, la función que desempeñaban los tribunales supremos italianos afectaba a la relativa autonomía de los tribunales inferiores, ya que si bien la doctrina del stare decisis, formalmente, nunca se ha reconocido y, por ende, las sentencias emitidas por el tribunal de casación no establecen precedentes vinculantes, estas sentencias siempre han influido en la Jurisprudencia de los tribunales inferiores, mucho más de lo que se prevé en los textos legales, debido a los mecanismos que regulaban la carrera judicial, por cuanto los jueces de rango superior (miembros del Tribunal Supremo) tenían la importante función en la concesión de los ascensos por medio de evaluaciones discrecionales, que de facto ejercían fuertes presiones para lograr la conformidad judicial.

Por su parte en España, antes de la entrada en vigor de la Ley 1 de 2000 de Enjuiciamiento Civil, la doctrina española se dividía en un sector minoritario que defendía el valor vinculante de la Jurisprudencia al centrarse en la regulación del recurso de casación y otro mayoritario que le negaba tal carácter.

Por parte del sector minoritario, tenía su fundamento en el artículo 1962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) de 1881, la cual reconocía el recurso de casación por “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la Jurisprudencia”. Por este motivo, era posible la anulación de las sentencias de los Tribunales Inferiores por parte del Tribunal Supremo (en adelante TS), justificando dicha anulación en que “se infrinjan doctrina Jurisprudencial, porque esta vincula” (Ludeña, 2001, párr. 4).

Sin embargo, la mayor proporción de la doctrina negaba este valor vinculante absoluto hacia los tribunales inferiores, los cuales se sirven de la Jurisprudencia, dado que si se alejan de ella, es factible que sus fallos o resoluciones se anulen o modifiquen.

Porque en cumplimiento de su misión, los tribunales solo están vinculados al imperio de la ley, como proclama el artículo 117 de la Constitución Política de España, es más, como el propio TS puede variar su línea Jurisprudencial fundamentándose en la legalidad, el tribunal inferior puede ser el adelanto en determinado momento para ese cambio de línea. Así, la Jurisprudencia cumple una función de orientación y no de vinculación.

Para el caso de Chile, el artículo 3 del Código Civil Chileno, (2000), dispone que: “Solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio... las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciasen”. Es decir, solo el legislador puede interpretar de modo obligatorio el derecho civil chileno, nadie más puede hacerlo, incluidos los tribunales. Así pues, una interpretación de Derecho efectuada por los tribunales no puede tener fuerza obligatoria por prohibirlo, el precepto en comento, de manera explícita, esto se debe a la época en que se dictó, en la cual existía un exacerbado culto a la ley, se unía a una visión rígida de separación de los poderes del Estado.

El precedente en Colombia

La historia colombiana ha sido influenciada por el Derecho romano-francés que se inspira en el respeto a la ley, por lo tanto, los jueces deben someter sus decisiones a las interpretaciones que hagan de la ley

como regla general, no consistiendo entonces su labor en crear normas o precedentes.

Esa marcada influencia por el respeto a la ley, hizo que los jueces vieran en sus providencias un criterio auxiliar que sirviera de guía o de orientación para resolver casos analógicos, sin que tuviera el carácter vinculante. Las constituciones colombianas han contemplado su inclinación por el sistema jurídico del Derecho creado por el legislador y la pasividad de los jueces de ser menos aplicadores de la ley, por ser esta la fuente principal del Derecho, circunstancia esta que no ameritaba en sus concepciones dando el mismo nivel a las Jurisprudencias.

Vale la pena hacer unas referencias históricas desde la regulación constitucional, para determinar el seguimiento y tratamiento procesal que ha tenido la Jurisprudencia, así como para precisar en qué momento de la historia de Colombia se comienza a hablar de precedente.

Constitución de 1886

En la Constitución de 1886, la actividad del juez estaba sometida a ser instrumentadora del legislador que no podría apartarse de su aplicación.

El Jurista Carlos Bernal Pulido, (2008), refiriéndose a los antecedentes señala que “Colombia no escapa a la influencia del racionalismo codificador pos revolucionario francés que erigiría a la luz como la fuente principal del derecho y a la jurisprudencia como auxiliar” (p.83). Asimismo, aduce que el Código Civil de 1873 contempla la obligatoriedad de la ley para nacionales y extranjeros residentes en Colombia, en el artículo 17 prescribe que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueran pronunciadas. Señala que las Constituciones de 1821 en su artículo 171 y la Constitución de 1832, en su artículo 147, ordenan a los jueces a mencionar en sus sentencias en forma explícita a la ley o, ante la ambigüedad de la norma, al intérprete de las orientaciones debidas para su aplicación, sirviendo como argumento a posteriores decisiones, sin ser estudiadas como obligatorias.

La Ley 53 de 1887 se preocupó porque las jurisprudencias fueran referentes para casos sucesivos con criterio orientador y no vinculante, de ahí que en el artículo 4 se establezca que “los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la constitución en los casos dudosos, la doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (párr. 4).

El artículo 10 de la Ley 153 de 1887, subrogado por el artículo 4 de la ley 169 de 1889 dictamina “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal superior, sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable y los jueces podrían aplicarla en casos análogos, los cual no obsta para que la corte varié la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores” (párr. 10).

Al analizar detenidamente la Jurisprudencia, en su estructura y en sus fines, se advierte ser poseedora de características como:

- Unifica los criterios jurídicos.
- Establece una adecuada interpretación de la ley.
- Asegura las garantías constitucionales.
- Aclara las dudas en los textos legales.
- Con la actividad judicial se forman reglas.
- Constituyen criterios orientadores.

La Jurisprudencia con la Constitución de 1991

La Constitución de 1991, bajo consigno muchas situaciones importantes, de las cuales se destacan dos: por un lado, el protagonismo que tienen la consagración y respeto por los derechos fundamentales y por el otro, que el estado garantiza el correcto y legítimo ejercicio de la jurisdicción.

Es a partir de la Constitución de 1991 cuando empieza a hablarse de precedente, a razón de que el nuevo esquema constitucional posibilita que el hacedor de la justicia (Juez) sea más comprometido en sus funciones, en la búsqueda de la verdad y en el respeto y restablecimiento de los derechos tanto individuales como colectivos.

En la interpretación de la ley, el nuevo juez cumple una función diferente, pues este puede darle un alcance mayor a la expectativa del legislador, por ser el juzgador quien conoce la realidad social a través de los casos concretos que llegan a su conocimiento. En el conocimiento de los problemas sociales, culturales y económicos, el operador judicial llega a percibir los cambios que la sociedad va experimentando, todo esto le sirve de fundamento para interpretar las leyes acordes a esas realidades, dándoles un sentido profundo y efectivo que puede ir más allá a lo previsto por el legislador.

Suena contradictorio afirmar que, con la Constitución de 1991, los jueces adquieren un mayor protagonismo del que tenían con la Constitución de 1886, porque pueden crear reglas jurídicas en sus decisiones ante los problemas que surgen de la hermenéuti-

ca de las leyes, lo citado se sustenta en el artículo 230 de la Constitución Nacional, el cual dispone “que los jueces, en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley” (p. 63).

La equidad, la Jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial (Barreto & González, 2014). No existe tal contradicción, lo que sucede es que frente a la disposición del artículo 230 de la Carta Superior, han surgido básicamente dos formas distintas de interpretación:

Por un lado, están los que dan una lectura literal de la norma, llevándola a una hermenéutica exegética, en virtud de ello, la jurisprudencia sigue siendo un criterio auxiliar, sin fuerza vinculante donde los jueces siguen sometidos al imperio de la ley. Este criterio encontró muchos connotados tratadistas, que lo defienden incluso de la misma Corte Constitucional, aproximadamente dos años después de vigencia de la actual constitución, profirió la sentencia C-131 de 1993, mediante la cual se declaró inexecutable la expresión “obligatorio”, contenida en el artículo 23 del decreto 2067 de 1991. Este decreto, que contempla las normas que regula el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional, en el citado artículo dispuso que la doctrina constitucional mientras no sea modificada por esta, será criterio obligatorio para las autoridades y corrige la Jurisprudencia. Aunque en sentencia posterior, corrige esa interpretación y reconoce el carácter obligatorio a sus interpretaciones (Sentencia C-037 de 1996).

Por otro lado, están los que optan por una posición sistemática. Es el caso del doctor Bernal Pulido, quien recuerda la existencia de tres argumentos que sirven para debatir la tesis pesimista o exegética, estos son:

La imposibilidad de trazar una barrera fronteriza entre la creación del Derecho mediante la ley y su aplicación mediante la Jurisprudencia.

El carácter de precedente a las sentencias judiciales es imprescindible para garantizar: coherencia del sistema jurídico si en el pasado se decidió un caso de determinada manera, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo; su estabilidad, exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas a la aplicación del Derecho a los casos concretos y la uniformidad de su aplicación; respeto al principio de igualdad, se debe tratar del mismo modo a sujetos implicados en casos idénticos o similares.

Es desvirtuar la interpretación estricta (exegética) del artículo 230 de la Constitución Nacional, en el sentido de reconocer: que los jueces vinculados a la Jurisprudencia no ponen en peligro su independencia judicial; el juez se vincula al sistema de fuentes y no a las opiniones o intereses de los demás jueces.

Fundamentos para una decisión razonable

Es preciso argumentar que la disciplina judicial ha sido de análisis, estudio y reflexiones en todos los momentos históricos en que se ha desarrollado la sociedad, algunas veces el objeto de estudio recae: en los poderes probatorios del juez, en el derecho procesal internacional, en los nuevos criterios de la cosa juzgada, implementación de sistemas judiciales orales en localidades de tradición escrita, pruebas científicas. Esto y muchas cosas más son los temas que en la actualidad se debaten en los foros, academia, congresos nacionales e internacionales, por los más destacados juristas nacionales y extranjeros, consolidando la doctrina procesal en nuevos enfoques teóricos que permiten conocer nuevas teorías reconocidas en los ordenamientos jurídicos y aplicadas por el operador judicial.

Entre las instituciones jurídicas que en la última década han tenido una marcada trascendencia, se destaca la decisión judicial, donde filósofos y proslitistas han elaborado importantes investigaciones, despertando el interés en indagar sobre esos nuevos aportes, uno de los actos procesales de mayor envergadura es el que resuelve con justicia las diferencias jurídicas de quienes acuden a la jurisdicción en busca de este pronunciamiento.

A diario se escuchan voces de desconcierto, de rechazo y de inconformidad a las decisiones tomadas por los jueces en ejercicio de sus cargos, otras veces se percibe con claridad como los grandes poderes en uso de sus facultades arguyen en las decisiones para beneficiarse de ellas, más por un alcance en corrupción que de verdadera justicia, al extremo de permear la creación de las reglas de derecho para reparar sus faltas o evitar ser judicializados al desarrollar conductas de manera premeditada y a sabiendas que son desiguales y perjudiciales para la gran mayoría, pero gozan de la confianza en el orden jurídico, al ser un poder tan fuerte, que es capaz de lograr cambiar la finalidad del legislador de crear las normas para el interés general, principio de una doctrina democrática, para terminar legislando a favor de las minorías que manipula la justicia y al país.

En toda la nación en donde lo social, económico y político es desigual, siempre los miembros ejercen

sus poderes sobre la mayoría, si bien es cierto que esto hace parte del sistema político que rige un país, no puede pasar inadvertido que esa influencia también se observa en los procesos judiciales, por esta razón y muchas otras, como errores del operador judicial al interpretar o aplicar el derecho, valorar equivocadamente las pruebas, imponer apreciaciones de manera subjetiva en la decisión, desconocer los precedentes sin motivación, se da fundamento al estudio de la decisión judicial, produciéndose en la actividad numerosas investigaciones que enriquecen la doctrina y la Jurisprudencia comparada, de ahí que el esfuerzo puesto en el presente estudio aporta un grano de arena a estas reflexiones que no tiene otro propósito distinto al de contribuir en el mejoramiento de la administración de justicia.

La decisión judicial a la que se hace alusión en este trabajo, se limita a la sentencia como acto procesal que consiste en la solución a la controversia por parte del juez. Por ser solución, no solo le va a poner fin al debate jurídico, sino que ha podido seleccionar una de las alternativas propuestas por las partes y aceptar parte de ellas o crear sus propias alternativas de solución. En cualquiera de estas circunstancias, va a generar desacuerdo en quien no resulte favorecido y va a ser objeto de crítica.

En términos generales toda decisión que afecte a una persona o grupo de personas, creará reacción natural, surge el rechazo y se utilizan los mecanismos para demostrar esa incompresividad. Con mayor razón, las decisiones tomadas por los jueces van a ser objeto de rechazo y de impugnación, pues con ellas se puede afectar un derecho patrimonial o extra patrimonial, alguno de los cuales pueden tener un rango constitucional como la libertad, la educación y el trabajo.

La decisión judicial se diferencia de otros tipos de decisiones por los siguientes componentes: es un pacto jurisdiccional y como tal, se declara el Derecho; se aplica una norma general a un caso concreto, es decir, se da vida a la norma. Es así como Lionetti, (2003-2004), argumenta que “uno de los elementos con el que cuenta el decisor son las normas, las cuales para cumplir correctamente con su función requieren que la estipulación de sus enunciados sea sumariamente estricta, unívoca, consistente, sistemática, con ausencias de ambigüedades, vaguedades e indeterminaciones sino pierden sus elementos descriptores de un estado de cosas deseado y la producción de la respuesta de comportamiento dirigido a ese fin” (p. 58); c) las partes delimitan los extremos de la Litis; someterse al principio de legalidad; valorar adecua-

damente las pruebas; interpretar adecuadamente los hechos; seleccionar varias alternativas de solución y escoger la más acertada.

Estas particularidades, así como otras no mencionadas, hacen de esta un acto procesal sui generis, porque el objeto de la decisión es un bien de la vida, de una o más personas y como tal, se exige no cualquier decisión, sino aquella que tenga la connotación de ser justa.

Decisión judicial justa

Cuando se accede a la justicia, se aborda un camino civilizado para resolver diferencias jurídicas entre dos o más personas, en cuyo entramado puede estar afectándose derechos para alguno de ellos.

Es una percepción lógica para cada parte obtener una decisión que sea favorable, su esfuerzo procesal está encaminado a resolver su interés particular, acudiendo, si es necesario, a manipulaciones de hecho y de pruebas para acreditar una verdad que no siempre es coherente con la verdad histórica o real. Este es otro de los escollos al cual se encuentra enfrentado el juez, por lo cual, su prudencia debe ser tan milimétrica que no le permita dejarse guiar por esa estrategia de las partes que no comulgan con los deberes impuestos por la ley, sino que, por el contrario, logre mantener vigente el rol que como operador judicial debe ejercer conforme a las disposiciones constitucionales.

Micelle Tarrufo, (2006), se ha interesado mucho por el tema, su producción es un referente obligado de consulta, por el aporte que hace, al señalar “que la decisión justa se fundamenta en el presupuesto que no existe un solo y único criterio idóneo para constituir el punto de referencia para las valoraciones atinentes a la justicia de la decisión judicial. Más bien, parece necesario acudir a un conjunto de tres criterios, solamente de su combinación para brotar un esquema de valoración que permita determinar si y cuando la decisión es justa” (p.203).

Entonces, la justicia de la decisión asume la forma de un algoritmo que comprende y vincula tres órdenes de valores los cuales son los siguientes: “a) Corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) Comprobación confiable de los hechos importantes del caso; c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión” (Tarrufo, 2006, pág. 203).

Estos criterios presentados por el profesor italiano, permiten conocer la dedicación que notables juristas

han experimentado por constituir un enfoque claro y preciso para la justicia en la decisión del juez, lo cual consecuentemente, coadyuva a determinar que el acto procesal debe poner fin al conflicto jurídico.

La combinación de esos criterios, por un lado, dan credibilidad a la eficiencia de la justicia, por el otro lado, estimulan al juez en su actividad valorativa a ser prudente y cuidadoso, para así evitar que la decisión este impregnada de un acto de arbitrariedad.

La prueba en el proceso judicial

Antes de abordar el tema específico de la prueba, se comparte algunas ideas, que ayudan a comprender más la importancia de las pruebas en el proceso judicial, para ello, se formulan las siguientes preguntas:

1. ¿Por qué son importantes las pruebas en el proceso judicial?
2. ¿Qué relación tienen las pruebas con la posición de las partes y la decisión del juez?

Para responder la primera pregunta, es pertinente precisar el concepto de proceso judicial, aunque no se trata de hacer un estudio profundo del mismo, reflejando lo que innumerables proselitistas han expuesto, si es interesante de una manera sencilla dar una definición, suficiente para la respuesta que se espera. De este modo, el proceso judicial es el escenario jurídico en que las partes en un plano de igualdad y mediante relación dialógica y dialéctica expresen sus opiniones frente al conflicto que ha dado lugar a litigio. Este conflicto entendido como una disputa de intereses o bien de la vida, donde una persona estima que su derecho ha sido ofendido por otro, marca una situación de hechos que en el pasado sucedieron y que hoy se pretende su reivindicación mediante una decisión legítima del organismo jurisdiccional.

Ese proceso judicial como escenario propicio para la solución pacífica del conflicto varía según sea el sistema judicial que lo gobierna y porque la manera como el orden jurídico que lo regula cambia, según se le dé una preponderancia a la escritura o a la oralidad, siendo esta última desarrollada a continuación.

El debate oral

En la academia se encuentran voces diversas acerca del debate oral, hay quienes lo consideran negativo, porque implica odio, rencor y posición antagónica por el derecho ofendido, por otro lado, hay quienes lo consideran como positivo, porque se instituye como un dialogo de respeto, de acercamiento por el

establecimiento de la unidad, porque permite a las partes exponer sus hechos, sus fundamentos jurídicos y sus razones para convencer al juez de que el derecho discutido le asiste. El debate implica controversia, puntos de vistas diferentes, donde los hechos que rodean el conflicto son expresados de distintas maneras, porque los intereses que las partes persiguen en el proceso no son los mismos.

De ahí, que como escenario pacífico del proceso el estado debe garantizar el ambiente propicio de confianza, para que los debatientes actúen sobre las razones y no sobre los conocimientos, siendo de particular importancia un adecuado ordenamiento jurídico que provea las garantías procesales y la sanidad de la ritualidad procedimental, pero también unos jueces activos que ejerzan los controles de cumplimiento de esas garantías que fundamentan el debido proceso, la libertad de expresarse, de defender sus tesis y de solicitar la aplicación del derecho objetivo como garante de la justicia, sin más limitaciones de aquella que las que establece la ley para ser escuchado en idénticas condiciones materiales, para que la lógica como manifestación de la tesis y la dialéctica como refutación de las mismas se produzcan con las mismas disposiciones de armas, para que en el debate oral no haya desventajas y pueda solucionarse el conflicto con profunda motivación, pero sobre la base, que durante todo el proceso se respete el derecho de libertad a exponer y buscar la verdad, como la igualdad, solo así comienza abrirse paso la seguridad jurídica.

El maestro Estanislao Zuleta, citado por el doctor Nelson Londoño, (2016), refiriéndose a la igualdad dice “cuando se trata de demostrar algo y ese estilo de la discreción solo puede tratar al otro como un igual; pero eso es un modelo en la reciprocidad en la comunicación, porque a su inferior se le ordena o se le intimida; a un superior se le suplica o se le seduce; pero a un igual se le demuestra” (p. 59).

Necesidad de argumentar

El proceso es un diálogo entre las partes con la participación del juez, por lo tanto, hay comunicación a través de la palabra hablada, por ser un sistema de trascendencia oral.

La comunicación oral se entiende entonces, como un medio para transmitir información, que aplicada al campo del proceso judicial se traduce en proporcionarle al juez, no solo el conocimiento de los hechos, sino también la fundamentación probatoria y jurídica, como son dos partes hablando, en sentido

estricto cada una lo hace desde su punto de vista, ahí encuentra sus razones de derecho el debate judicial, porque se presenta con la solidez necesaria para convencer sobre su plantamiento, sea la tesis o la antítesis según quien haya ofrecido mayor poder de convicción.

La convicción al juez no se otorga sobre la base de discursos preparados con frases sofisticadas que estimulan las emociones y exaltan la belleza literaria, lo cual es aceptado en otro tipo de contexto, pero no en el del proceso judicial.

No se requiere un retórica forense, ni una retórica como la empleada por los sofistas, que tienen apariencia de verdad. La investigación judicial se usa para establecer la verdad y no su apariencia, por ello, la argumentación cumple su rol cuando hay puntos de vista distintos, cuando las evidencias son discutidas y las pruebas son objetadas y controvertidas.

Chaim Perelman (1997), gran pensador polaco-belga, considerando la validez de las enseñanzas de Aristóteles especialmente lo contemplado en el organón, sobre la retórica, tuvo un gran poder de convicción que lo llevó a dedicar horas de investigación en su retórica propia, como a todos sus críticos para terminar convencido de la importancia que tiene la retórica en la contemporaneidad, produciendo esa magnífica obra “El imperio retórico-retórica y argumentación”, en la que expone con precisión que la retórica no debe ser de estilos, sino una retórica concebida como el arte de persuadir y convencer, lo cual es impensable admitirlo fuera de un contexto argumentativo.

La argumentación que pudo tener en su origen un tratamiento general, pasa a aplicarse a la actividad judicial como un modelo de razonamiento que busca la adhesión del auditorio, que en esta disciplina no es más que el convencimiento del juez.

Es indudable que las partes deben argumentar los fundamentos facticos probatorios y jurídicos para lograr adhesión del juez, de ahí que el mayor peso en las razones expuestas que descalifiquen y minimicen el poder de convicción del otro pueden resultar logrando su propósito.

Frente a esas posiciones serias, completas y fuertes del juez se debe analizar y, en un contexto argumentativo construir su decisión y lograr la adhesión del espíritu del auditorio particular como son las partes y el general de la sociedad.

Fin de la argumentación

Para Perelman (1997), la argumentación no tiene por fin únicamente la adhesión intelectual: ella busca a menudo, incitar a la acción, o por lo menos crear una disposición a la acción, de ahí la cita que hace de San Agustín, (1887), en su criterio de la doctrina cristiana: si las verdades enseñadas son tales que basta creerlas o conocerlas, dar su asentamiento no implica otra cosa que el reconocimiento de su verdad. Pero si la verdad debe ser aplicada en la práctica y así es enseñada para esta práctica no sirve de nada estar persuadido de la verdad de lo que se ha dicho, no sirve de nada encontrar placer en la manera como ha sido dicho, si ella no se aprende con el fin de ser practicada. El sacerdote elocuente, cuando presenta una verdad práctica, no debe enseñar solo para instruir y agrandar de manera que se pueda mantener la atención, sino que debe lograr la adhesión del espíritu de manera que pueda someterlo a la voluntad (p. 918).

Sistemas de razonamientos utilizados en los procesos judiciales en Colombia

La realidad colombiana no ha sido ajena a la experiencia vivida en los países occidentales a través de la historia, cada sistema presenta sus particularidades relacionadas con el procedimiento, la actividad probatoria y el modelo de decisión del juez.

Antes de precisar qué tipo de razonamiento usan los jueces, se hace un breve recorrido histórico para traer a la memoria los distintos sistemas, con las anotadas particularidades.

El proceso romano y el proceso germánico

Afirma Ugo Rocco (2001), que el proceso romano era de un pueblo evolucionado y con notable civilización, mientras que el proceso germánico era el de un pueblo del todo primitivo. En el derecho romano el proceso podría concebirse como un verdadero litigio, entendiéndose que frente a dos contendientes se encuentra el juez como un tercero imparcial y por encima de ellos, además, a él mismo es a quien le corresponde establecer el caso sub iudice y decidir de una u otra manera según le indiquen las pruebas, es decir, formándose su propia convicción. La decisión del juez en este contexto de apreciación del proceso, resulta de un acto de inteligencia, de un estado de su espíritu y de un acto de conciencia que resulta de la valoración de las pruebas aportadas al proceso. Este sistema permitía que fueran las partes las que debían aportar las pruebas, especialmente la que afirmaban los hechos (Onus Probandi Incumbit ei qui

dicit, non ei qui negat - la carga de probar incumbe a quien afirma, no a quien niega).

Mientras que el proceso germánico no apuntaba a que un tercero llamado juez provocara su inteligencia y decidiera bajo su convicción, entre otras razones porque la actividad probatoria era muy precaria por no decir que nula, el juicio se provocaba prácticamente ante Dios y no el juez, fue fuerte el juramento para invocar a Dios y antes de establecer la verdad de los hechos, se establecen juicios divinos, que consistían en que las partes los sometían a experimentos que conllevaban a una alta resistencia física o a resultados al azar, para provocar la manifestación de la divinidad.

Los jueces por lo tanto no valoraban las pruebas, en consecuencia, no podrán formarse una convicción de los hechos de manera objetiva, sino que la decisión se tomaba con base en los resultados del experimento a que se someterían las partes. Si estos sobrepasaban la decisión, se inclinaba a su favor.

El maestro Michel Foucault (2017), refiriéndose a la experiencia primitiva del proceso germánico, en una interesante investigación ilustra de una forma clara, los momentos en que pudo el desarrollo de esa práctica judicial denominada por este autor “drama judicial del derecho germánico”, mostrar tres momentos: en primer lugar, no hay acción pública, por lo tanto, no existe una autoridad del estado que se encargue de iniciar la investigación o formular la acusación. Frente a la ofensa de un individuo, surgía inmediatamente la reacción de la víctima y se convertía en un enfrentamiento entre ellos, sin que mediara la intervención de ninguna actividad del estado. La segunda, surge del derecho reglamentado, la lucha entre los contendientes ritualiza los procedimientos de la venganza, pero no termina en esta, la guerra continúa firme y la venganza es la manifestación de reparar el daño causado. Por último, la tercera, abre un espacio más analizado en el antiguo derecho germánico, entendiéndose, que, si bien es cierto, la venganza y la guerra están reglamentadas, como se mostró en el segundo momento, esto no es a bien para que pudiera apreciarse de manera deficiente en la solución del problema, pero optan por llegar a un acuerdo, a un pacto o a una solución concertada que podría consistir en una transacción económica, de ahí, que el agresor mediante un reconocimiento económico que hacía a la víctima o a sus familiares podría evitar la venganza o impedir recibir igual o diferente daño.

Este procedimiento penal germánico se caracterizó además porque no había indagación y averiguación

de la verdad, no intervenía un tercero imparcial que resolviera el conflicto, las pruebas no tenían la connotación que tiempo después adquirieron y el proceso se desarrollaba con una lucha entre los contendientes.

Seguimiento del proceso común

La invasión de Roma por los Barbaros condujo a que estos particularmente introdujeran en gran parte en Italia su proceso. Como se ha señalado anteriormente, las particularidades del proceso romano son completamente distintos al germánico, pero con la invasión comenzó a darse un cambio brusco, al imponerse una cultura procesal muy distinta a la consolidada por los romanos.

Esta imposición del proceso germánico duro muy poco, debido a que los romanos nunca olvidaron sus raíces, costumbres y formas de resolver conflictos, lo que permitía de cierta manera una resistencia al proceso impuesto, los romanos no dejaron al olvido sus construcciones bibliográficas que siempre consideraban mejor que la de los barbaros y los romanos no desistieron de librarse de los barbaros, lo cual ameritaba el desconocimiento de sus leyes y procedimientos.

El derecho canónico se cruzó de ahí, adoptando muchas instituciones del derecho romano, lentamente se fue introduciendo en el proceso romano elementos del proceso germánico y la influencia del proceso canónico originando lo que se conoce como proceso común, por ser el proceso aplicable en todos los lugares con preponderancia escrita, muy dilatada por sus formalidades y finalmente, de allí se creó el proceso sumario.

A continuación, en la Tabla 1 se realiza la comparación entre el proceso romano y el proceso germánico.

Tabla 1. Características del proceso común o romano canónico

Precedente del romano	Precedente del germánico
El juez es imparcial El juez decide según su libre convicción. El concepto de prueba era revelar la verdad de los hechos. La sentencia producía efectos inter partes.	Falta de iniciativa del juez. Actividad de las partes. La prueba legal: el juez se forma una convicción, pero no libre sino por las normas pre establecidas. La contumacia. El juramento.

Proceso, prueba y verdad

De la relación intersubjetiva surge el conflicto cuando un parte alega tener o pertenecerle un derecho y otra se lo resiste. Este es el conflicto que interesa al Derecho, pues al no resolverse por voluntad de las mismas partes se hace necesario acudir a un tercero imparcial para que decida o imponga la decisión.

El proceso surge como mecanismo creado por el Estado para que las partes de manera pacífica y dialéctica expongan sus posiciones frente al conflicto, para que un tercero imparcial lo resuelva conforme a las normas sustanciales y procesales que lo regulan.

En este orden de ideas, el conflicto se judicializa y cada parte expone sus puntos de vista, lo que en materia penal se conoce como "la teoría del caso" y en otras disciplinas será "la tesis o antítesis o las pretensiones o excepciones". En este conflicto se describe a través de las afirmaciones de los hechos que cada contendiente expone al juez, frente al mismo conflicto, las partes relatan los hechos de manera distinta, acorde a los intereses que defienden, donde muchas veces no concuerdan con la realidad, aduciendo pruebas para formar una convicción en el juzgador que deberá escoger entre esas dos alternativas o en su defecto crear una tercera hipótesis conforme a las pruebas allegadas de manera regular al proceso.

Cada hipótesis se representa en hechos concretos que deben estar debidamente acreditados con los medios de pruebas definidos por la ley. No es suficiente afirmar más hechos, por el solo cumplimiento de preguntas formales sino tener la inteligencia de adecuar eso que se aprecia en el proceso y que sucedió en la realidad con el aspecto factico de la norma cuya aplicación se pretende, lo anterior, es lo que comúnmente se conoce como hechos relevantes, es decir, hechos con relevancia jurídica.

Es cierto que el juez en la sentencia es quien debe, a través de la motivación, exponer con suficientes razones que los hechos concretos llevados por las partes, sean coherentes o no, con la norma jurídica aplicada. La calificación jurídica de los hechos se determina por la relación que se hace con la norma a la cual se subsume.

Lo anterior, no obsta que las partes al presentar sus argumentos le indiquen al juez la coherencia de los hechos afirmados con el expuesto en la norma de carácter general, pero es en definitiva el razonamiento del juez el que ha de establecer el éxito o no del pretendiente o del resistente, conforme a las pruebas.

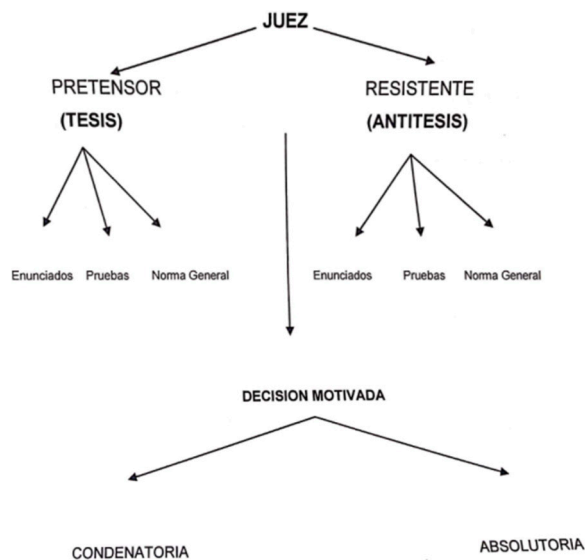
Se apoya la tesis de que en el proceso se afirman los hechos de manera positiva o de manera negativa, lo cual se hace a través de enunciados con expresiones lingüísticas. No se apoya que en el proceso se propongan hechos, porque estos son entendidos como todo un suceso o acontecimiento que ocurrió en unas determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar. La ocurrencia de sucesos o acontecimientos da lugar a la existencia de hechos. Material y judicialmente es imposible llevar los hechos como al proceso, de ahí que estos se representen a través de los enunciados que pueden ser coherentes o no con ellos, de ahí que puedan ser falsos o verdaderos.

En la obra de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, dirigido por el Doctor Jairo Iván Peña Arango y citando al italiano Taruffo, se señala que las prueba son el instrumento al cual acuden las partes para demostrar la veracidad de sus afirmaciones y que es utilizado por el juez para decidir sobre la verdad o falsedad de los enunciados facticos puestos a consideración (Peña, 2008).

Con respecto a la decisión judicial, la función de la prueba es suministrar los elementos de juicio requeridos para establecer si los enunciados facticos aducidos corresponden a la realidad de los hechos relevantes para el proceso. Así un enunciado factico se considera verdadero si es confirmado por pruebas, se considera falso si las pruebas refutan y se considera no probado si en el proceso se cuenta con las pruebas suficientes para demostrar la verdad o falsedad.

A continuación, en la Figura 1 se muestra el esquema representativo del proceso prueba y verdad.

Figura 1. Proceso de prueba y verdad



La Figura 1 muestra que cuando el juez encuentra demostrado los hechos relevantes, los cuales se corresponden con la realidad surge el concepto de la verdad, en virtud de ello, la justicia será condenatoria si el pretensor demuestra probatoriamente los enunciados que de los hechos llevó al proceso, los cuales se adecuan a la situación fáctica de la norma general cuya aplicación predica, si no lo demuestra la sentencia absolutoria, por ejemplo: se acusa que Luis mató a Iván. Si se usa la verdad como correspondencia, se debe demostrar que los enunciados corresponden con los hechos o la realidad. En este sentido si al proceso se afirma que Luis mató a Iván, se debe acreditar el enunciado con esa realidad, por lo tanto, las pruebas allegadas al proceso tienen por objeto la demostración de esos enunciados, que, de resultar positivo, se aplicará la norma general al cual se subsume esos hechos concretos.

Bibliografía

Barreto, J. V., & González, L. (2014). Constitución política de Colombia. 31 edición. Bogotá D.C.: Legis.

Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*(21), 81 -94.

Código Civil de 2000. (s.f.). Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Santiago: CODIGO 1855.

Constitución Política de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Edición especial preparada por la Corte Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administra.

Decreto 2067 de 1991. (s.f.). Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional. Bogotá D.C.: Diario Oficial 40012 de septiembre 04 de 1991.

- Foucault, M. (2017). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa editorial.
- Ley 1 de 2000. (s.f.). *Enjuiciamiento Civil*. Madrid: «BOE» núm. 7, de 08 de enero de 2000.
- Ley 169 de 1889. (s.f.). *Sobre reformas judiciales*. Bogotá: Diario Oficial 10.235 de enero 14 de 1897.
- Ley 53 de 1887. (s.f.). *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Bogotá: Diarios Oficiales 7.151 y 7.152 del 28 de agosto de 1887.
- Lionetti, J. P. (2003-2004). *La forma de decisión en la argumentación jurídica (breves apuntes para una aproximación al tema)*. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(7), 57 - 72.
- Londoño, N. (2016). *Argumentación jurídica*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Ludeña, Ó. D. (2001). *El valor vinculante de la Jurisprudencia antes y después de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. *Procesal*. Obtenido de <https://www.derecho.com/articulos/2001/12/01/el-valor-vinculante-de-la-jurisprudencia-antes-y-despu-s-de-la-ley-1-2000-de-enjuiciamiento-civil/>
- Peña, I. (2008). *Prueba Judicial. Análisis y valoración*. Bogotá: Consejo superior de la Judicatura-Sala Administrativa-pág.
- Perelman, C. (1997). *El imperio retorico, Retorico y Argumentación*. Bogotá: Grupo editorial Norma.
- Regio Decreto 30 gennaio 1941, n. 12. (1941). *Delle autorità alle quali è affidata l'amministrazione*. Roma: *Atti del Governo, registro 429, foglio 151*.
- Rocco, U. (2001). *Derecho Procesal Civil (Vol. I)*. Editorial Jurídica Universitaria: México.
- San Agustín. (1887). *Parrologie latillc (Migne)*. Tomo XXXIV. Paris.
- Sentencia C -131 de 1993. (s.f.). *Demanda del Decreto 2067 de 1991, artículo 2º en sus numerales 2º, 3º, 4º y 5º; y artículo 23 parcial*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-037 de 1996. (s.f.). *Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia"*. Santafé de Bogotá, D.C.: Expediente No.P.E.008.
- Taruffo, M. (2007). *Precedente y jurisprudencia*. *Precedente*, 85 - 99.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis.