

Fecha de recepción  
del artículo:  
27/08/2011

Fecha de aceptación  
del artículo:  
14/09/2011

# La independencia judicial (jurisdiccional) como garantía del debido proceso, a partir de la jurisprudencia judicial\*

Judicial (jurisdictional) independence as a guarantee  
for the due process from judiciary jurisprudence

Jainer Enrique García Gómez\*\*

## Resumen

En Colombia la fuente principal que alimenta al derecho es la ley, no atribuyéndosele este imperio a otro; es de esta manera como se puede deducir desde la hermenéutica jurídica crítica que los sistemas de precedente y jurisprudencia solo son criterios auxiliares y que, por tanto, la independencia jurisdiccional se avala como una garantía del derecho al debido proceso que por ende salvaguarda las decisiones de los operadores que se tornan en casos concretos por la no injerencia externa de aquello que no se conoció ni interactuó en la solución del conflicto de cara al derecho penal, de allí la presente investigación.

.....  
Cómo citar este artículo: García Gómez, Jainer Enrique (2011), “La independencia judicial (jurisdiccional) como garantía del debido proceso, a partir de la jurisprudencia judicial”, en *Revista DIXI*, vol. 13, núm. 14, pp. 88-99.

\* El presente artículo fue el resultado de un debate llevado a cabo en el módulo de jurisprudencia de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Santiago de Cali, desarrollado a partir de la investigación mixta con prevalencia de la forma investigativa básica y cualitativa, en la que se utilizó como método de interpretación la hermenéutica jurídica crítica de manera interdisciplinaria. Por cuanto la recolección de la información fue de índole teórica no se requirió de técnicas de investigación, como la entrevista o la encuesta, entre otras, dado que no se aceptaba el debate sobre la materia ni se hacía mayor aporte.

\*\* Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Santiago de Cali. Conciliador en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) de la Universidad Santiago de Cali. Técnico en Investigación Criminalística y Ciencias Forenses del Politécnico Francisco de Paula Santander de Cali. Oficial mayor del Juzgado Décimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento, Santiago de Cali, parte de la Fundación Mission Share y Samaritanos de la Calle. Integrante del grupo de investigación “Eduardo Umaña”, Categoría B en Colciencias. Correo electrónico: jeglaw@live.com

## Palabras clave

Debido proceso, garantías, independencia judicial, jurisprudencia, precedente.

## Abstract

In Colombia the main source feeding right is law, this role cannot be attributed to anything else. Following this, we can deduce from critical legal interpretation that the system of precedents and case law are only auxiliary criteria. In accordance, jurisdictional independence is availed as a guarantee of the right to due process which then safeguards the decisions of the operators that are transformed in concrete cases due to the lack of external influence of things that were not know or did not interact in the solution of the conflict by criminal law. The present research derives from this.

## Keywords

Due process, guaranties, judicial independence, case law, precedent.

El principio y el derecho al debido proceso en el ordenamiento jurídico colombiano cumple un papel muy importante en favor de mantener las garantías a las que da lugar, tales como: prohibición a la doble incriminación, favorabilidad, mínima intervención, legalidad, publicidad del proceso penal, inamovilidad de los jueces, igualdad ante la ley, dignidad humana y tipicidad, entre otras, que recoge el Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991:

*Debido proceso. Derecho de defensa.* El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces

por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Al ser fundamentalmente político su desarrollo, responde al modelo estatal y de sociedad, que en el caso colombiano es el Estado Social y Democrático de Derecho.

En este conjunto de derechos y garantías contenidas en el marco jurídico se hará especial relevancia a uno de ellos que hace parte de esa unidad de juez natural, en la que se destacan la competencia y la imparcialidad, y que se desarrollará en torno al tema: la independencia jurisdiccional (en el manejo cotidiano se esboza la palabra judicial, pero en un manejo técnico y elaborado se expone jurisdiccional, esto respondiendo a una de las teorías constitucionales que refiere a los órganos del Estado), contenida de manera respectiva en los arts. 13, 29, 228 —explícito— y 230 —implícito— de la Carta Política de Colombia.

La independencia jurisdiccional tiene sustento en el sistema universal en el Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, así como en los arts. 45, 64 y 67, numeral 1°, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aunados a los principios básicos relativos a la inde-



pendencia de la judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán el 26 de agosto de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985, sumado a las Reglas Mínimas de Mallorca, adoptadas en cuatro sesiones los días 23, 24 y 25 de noviembre de 1990; 3, 4 y 5 de mayo de 1991; 5, 6, 7 y 8 de septiembre de 1991 y 14, 15 y 16 de febrero de 1992, por invitación de la Consejería Adjunta a la Presidencia del Gobierno Balear y con la cooperación de la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Naciones Unidas en Viena, donde se propuso la adopción de reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento en materia penal, mediante los principios generales del proceso.

Ya para el sistema interamericano, se tiene la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en sus artículos 18 y 26, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Artículo 8º, lo que soporta de esta manera el sistema internacional en aplicación del bloque de constitucionalidad, conocido como el principio de jurisdicción universal, en materia de derechos humanos.

Dentro del fundamento que permite su accionar y funcionamiento (entiéndase sistema normativo), por la imposición al Estado del respeto, cumplimiento y vigilancia, es menester puntualizar a qué se refiere este principio de independencia jurisdiccional. Cuando se lo plantean los instrumentos internacionales y el sistema doméstico, esta garantía<sup>1</sup> preten-

<sup>1</sup> Se preguntará el lector por qué se combinan las palabras principio, garantías y derechos, como si fuesen una sola. Y la respuesta es que, a la hora de debatir sobre derechos humanos, se da una máxima de la razón humanística lo más favorable para el ser humano, ya que estas nociones tienden a brindar un ámbito de seguridad basado en el postulado

de hacer valer la autonomía del juzgador o tribunal —juez, magistrado— a partir del raciocinio probado, visualizado e interpretado por ellos, o la que ostenta la representación del Estado en calidad de administrador de justicia en el proceso penal concreto, sin tener ningún tipo de intromisión por otros órganos del Estado, superiores funcionales, comunidad o medios de comunicación, protegiéndoles para mantener incólume la democracia.

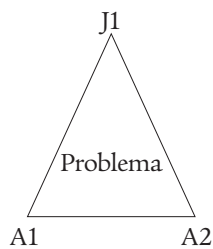
Para entender lo anterior y sin ir a crear confusión, se aclara que una cosa es el juez imparcial y otra la independencia jurisdiccional. Luego, y a modo de comprensión, se esbozará la imparcialidad desde el proceso penal, el cual explicará lo dicho, porque esto permitirá que el lector se haga una idea general del derecho al debido proceso, movilizado por la garantía de la independencia jurisdiccional desde la imparcialidad, y se reconozca la armonía de estos principios; por eso se acude al teórico Juan Montero Aroca (1997, p. 86):

En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí, que por lo mismo son parciales, las cuales acuden a un tercero imparcial que es el titular de la potestad jurisdiccional, es decir, el juez o magistrados. Esta no calidad de parte ha sido denominada también “imparcialidad”.

Se da entender que los actuantes en un proceso, llámense A1 enfrentado a A2, llevan a J1, un problema del cual se pretende que el raciocinio asumido por este último, después de habérsele enseñado elementos —materiales probatorios— que lo ubican en una decisión, resuelva el asunto preciso puesto a su conocimiento.

de la dignidad humana, en procura de reconocer lo creado a los pies del hombre, al lado del hombre, pero nunca por encima del hombre.

Para mayor claridad ver la figura 1:



**Figura 1.** Simula la interacción entre el juez que se encuentra en la parte superior y las partes en la inferior

Fuente: el autor

De esta manera, en la figura apreciamos cómo se equilibra la actuación que va dirigida a convencer o persuadir el estadio de J1 a partir de A1 y A2. Entiéndase que en el triángulo no interactúan fuerzas adyacentes y que la perspectiva superoinferior está visualizada solo por J1, quien es el conocedor del caso concreto, representado por A1 y A2.

Por tanto, las partes y el juez son componentes de un proceso equitativo, y al presente, para el caso aludido (imparcialidad), una de las garantías que crea una barrera orbital en torno al proceso e impide la intervención o influencia de otros.

Pero se recuerda que los jueces que intervienen en la Administración de Justicia lo hacen en representación del Estado, a partir de uno de los órganos, en remembranza de la división tripartita de poder, el órgano jurisdiccional.

En Colombia, para la jurisdicción ordinaria, ese órgano lo encabeza la Corte Suprema de Justicia, como el máximo tribunal, en el cual descansa una de sus funciones, la casación, tal y como se deriva de la Constitución Política de Colombia de 1991 en sus arts. 234 y 235, y sus pronunciamientos se derivan en sentencias y autos como el único medio de manifestación o comunicación.

Esa actividad jurisdiccional solo estará sujeta al poderío de la ley y tendrá como ayuda auxiliar, según

el Artículo 230 de la Carta Política de 1991, “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina”, a las cuales deriva como fuentes directas y auxiliares<sup>2</sup> que tiene el juez para impartir justicia.

Ahora se retrotrae la figura 1 para decir que los jueces cuentan con estas fuentes del derecho pero que el sometimiento impuesto es la ley y no pueden orientarse solo por el material auxiliar, lógica deducción que se introduce al proceso, porque el juez se adentra a dirimir el conflicto de las partes, y estos últimos llevan casos concretos y particulares que no reúnen lugares comunes.

Es por esta razón que el derecho al debido proceso se garantiza mediante el juez independiente, como lo expresa Fernando Tocora (2002, p. 174):

De poco valen los demás principios si no hay jueces que tengan [la] independencia y autonomía del juez: “Los jueces en sus providencias, solo estarán sometidos al imperio de la ley”, reza el artículo 230 de la Carta Política. Este precepto, no solo se refiere a la independencia del juez en relación con sus superiores, sino también con relación a poderes externos al judicial.

<sup>2</sup> Hay que tener en la cuenta que a las fuentes directas del derecho, la ley, la Constitución, le ha surgido un adherente, como es el bloque de constitucionalidad, y pese a que su relación está conectada con la Carta Política, se entiende que su naturaleza es internacional y que por tanto ese sistema maneja otros instrumentos, llámense convenios, protocolos, tratados, acuerdos, en aplicación al principio de jurisdicción universal en materia de derechos humanos, lo cual conmina a que para integrar el sistema doméstico ha de suscribirse y ratificarse por Colombia uno de estos instrumentos (la Corte Constitucional lo abordó como un bloque, o lo que también se podría llamar una unidad de derechos).



Así se reitera la estructura de partes y se le impone al juez la obligación de ver a la luz de la ley el problema y no tomar percepciones dadas en otros casos, tal y como se hace cuando se aluden sentencias o autos de casación que ha elaborado el alto tribunal, por el hecho de tener un pronunciamiento de autoridad o en presunción por tener la calidad de jerarquía funcional.

Este criterio argumentativo planteado en sentencias o autos por el Alto Tribunal, se retoma por otros funcionarios, por medio de la jurisprudencia, una de las fuentes auxiliares del derecho. Ha de decirse que la denominación de precedente judicial no se construye de manera elaborada y correcta, ya que gran parte de la práctica latinoamericana se sustenta de la cultura jurídica romanista-germánica, en la que no se le da preponderancia al precedente, porque de naturaleza no se le atribuye ser fuente del derecho, como sí lo es el sistema *common law* (derecho común anglosajón). Así lo expresa Alejandro M. Garro (1988, p. 99):

Por otro lado, la tradición jurídica del *common law* otorgó fuerza vinculante *erga omnes* a las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos a través de la regla del precedente obligatorio (*stare decisis*), mientras que en los países de América Latina la tradición jurídico-cultural continental romanista se opone a conceder categoría de fuente del derecho autónomo al precedente judicial.

Surte razón, pues como se ha planteado del sistema jurídico colombiano, se habla de jurisprudencia como fuente del derecho y no precedente judicial; así también se recoge del Código Civil de Colombia, en el Artículo 17: “[...] 17. *Efectos de las sentencias judiciales*. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición

general o reglamentaria”, y a manera de interpretación jurídica sistemática, en la misma codificación, el Artículo 18: “[...] 18. *Obligatoriedad de la ley*. La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”, con lo cual reconoce por vía de ley, aunado a la constitucional, que las fuentes del derecho no tienen en su conjunto al precedente, y solo contemplan a la jurisprudencia.

Ha de recordarse que el principio del precedente forma parte del derecho común anglosajón (*common law*), en el que hay sujeción a lo que se halla dicho en decisiones previas, pero con emérita vehemencia se escucha a la comunidad, la cual participa activamente en el proceso con la figura de jurado de conciencia, con la que se toman decisiones no basadas en una sola opinión, lo contrario a la jurisprudencia colombiana, que obliga las decisiones tomadas por los altos tribunales, cuando se está frente a un derecho romano-germánico.

El sistema colombiano tiene formado una especie de híbrido en el que se entremezclan los términos que podrían confluir en un momento determinado pero que, a la postre, su naturaleza responde al derecho del *common law* y al derecho germánico-romano.

Así también confluye Juan Igartúa Salaverría (2008) cuando se refiere al precedente:

La primera de las estipulaciones concierne al significado de la palabra “precedente judicial”, aquejada de una vistosa ambigüedad que, para empezar, afecta al objeto que se pretende designar con ese término. Porque, aun siendo cierto que la palabra “precedente” evoca en este contexto un caso concreto que presenta similitudes con otro caso concreto que y por tanto no se parte de una total indeterminación [...] (p. 194).

Lo que se aparta de la jurisprudencia, por el hecho esta última de configurar una toma de decisiones a



partir de un caso que se desarrolla de manera evolutiva en distintos pronunciamientos, de allí la línea jurisprudencial.

Esta construcción se inicia a partir de los postulados normativos que se van interpretando por el alto tribunal, a medida que desembarcan disposiciones de un caso, pero se convierte en distintas jurisprudencias.

Para soportar tal alocución se recurre Michelle Taruffo (2010, p. 88), quien al tratar la jurisprudencia y el precedente, dilucidó:

La característica más importante de las máximas es que se trata de enunciaciones que se concretan en pocas frases que tienen por objeto reglas jurídicas. Estas reglas tienen generalmente un contenido más específico respecto al dictado textual de la norma de la cual se construye una interpretación; sin embargo, son siempre formuladas como reglas, es decir, como enunciaciones generales de contenido preceptivo. No en vano las recolecciones de jurisprudencia se asemejan a codificaciones más detalladas de aquellas que representan los códigos verdaderos y propios, pero continúan siendo una “recolección de normas”.

Por lo que se hace avenencia a la ley, para poder promover una decisión, desde una fuente directa.<sup>3</sup> No se puede perder de vista la fuente del derecho que orienta al ordenamiento jurídico colombiano, ni menos que se olvide la naturaleza que nutrió la inclinación. Esto, al hacer remembranza de la alineación a la cual se inscribe el sistema colombiano (fuente directa de la ley).

Elucidados a rasgos los conceptos de precedente y jurisprudencia, se le atribuye al lector, desde aquí,

<sup>3</sup> Surge la pregunta: ¿por qué las decisiones de la Corte Suprema de Justicia siempre deben tener integrado a los argumentos una premisa normativa, que se encadena y finaliza en una argumentación que se llamará sentencia?

la necesidad de mantener en su razonamiento una vista bifurcada de los sistemas que alimentan al ordenamiento colombiano para que de esta manera se adecúe a la lógica del derecho y pueda comprender la complejidad de mezclar conceptos que concadenan en la violación de una garantía constitucional (la independencia jurisdiccional).

La violación de esta garantía se ve materializada en la producción de un escrito jurídico (sentencia), que es uno de los medios para expresar la jurisdicción (el otro es mediante auto, siendo estos dos los caminos para pronunciarse, claro está, separándose de la actuación administrativa que suele a veces asumir mediante actos administrativos, pero que al fin no se toman como decisiones exclusivas de sus funciones constitucionales de administrar justicia), estructurado por un juez o magistrado, quienes elaboran una cadena de argumentos que se entrelazan y forman una argumentación que tiene normalmente como ejes un silogismo jurídico —premise mayor (normativa), premise menor (fáctica)— y conclusión,<sup>4</sup> que vierten y articulan los elementos que solidifican las premisas.

Estos elementos pueden ser: interpretaciones asumidas del proceso, evidencia física o elementos materiales probatorios debatidos, teorías, dogmática, normatividad nacional e internacional, y la jurisprudencia (sin cerrar la opción de otras). Esta última engloba varias sentencias o argumentaciones de casos concretos que ha elaborado uno de los funcionarios jurisdiccionales como respuesta de la actuación procesal.

En una sentencia el hacedor construye los textos con temas que tratan de dar respuesta al particular, de una manera lógica. Es aquí donde se desgarran de

<sup>4</sup> A manera formativa respecto de la técnica de casación penal colombiana, se aduce que las causales para atacar estos argumentos surgen de las premisas: mayor (normativa), como violación directa, y menor (fáctica), como violación indirecta.



manera aislada (pareciera), la intromisión en la independencia jurisdiccional, a partir de lo que se denomina *obiter dicta* y *ratio decidendi*.

Respecto al *obiter dicta*, se acuña la conceptualización que de ella tiene Francisco Zúñiga Urbina (2006): “es una observación incidental del juez que puede ser muy importante, pero no es precedente” (p. 152).

Se debe lo anterior a que, a la hora de elaborar un argumento, se utilizan elementos que coadyuvan a enriquecer el texto, en atención a las particularidades que se presentan del caso, respondiendo a la lógica del discurso por argumentos entrelazados que pueden en un momento crear variantes por las posturas que de ellas se tomen y que se surten en la aplicación del proceso, de manera reiterada en lo concreto.

Reviste normalidad que a esos argumentos se los desplace a un segundo plano por no estar relacionados de manera directa con la conclusión del problema de derecho, lo cual fue recogido por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-836 de agosto 9 del 2001, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, ítem 22:

Los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2° del artículo 230 de la Constitución. Por supuesto, la definición general de dichos elementos no es unívoca, y la distinción entre unos y otros en cada caso no resulta siempre clara. Sin embargo, la identificación, interpretación y formulación de los fundamentos jurídicos inescindibles de una decisión son labores de interpretación que corresponden a los jueces, y principalmente a las Altas Cortes.

En estas partes, la descompone quien asume la necesidad de ceñirse a los planteamientos del Alto

Tribunal y que para cumplir con tales exigencias necesita localizar la *ratio decidendi*, adentrándose así al sistema del precedente —decisión del caso en particular— y en el sistema de la jurisprudencia a la pluralidad de decisiones.

A esa decisión en la cual se estructura (se le podría decir tesis), la rodea un conjunto de argumentos que le proporcionan solidez, raciocinio y fluidez. Esto se puede interpretar de un texto que produjo Diego Eduardo López Medina (2006, p. 157) para la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla:

Las sentencias, sin embargo, no se contentan con enunciar “reglas”, sino que realizan argumentaciones (a veces largas y complejas) con las cuales construyen la plausibilidad de la “regla” judicial de la cual depende la resolución del caso. Esa “subregla judicial” (como la llama con frecuencia la propia Corte) tiene que ser “extraída” de los argumentos de la sentencia.

Es de anotar de lo anterior cómo la subregla se ubica en la exposición que se realiza en el aparte de las consideraciones —considerandos— y suele suceder que no esté explícito, lo que libera al intérprete de la apreciación que asuma, pues ha de decirse que para argumentar no se tiene un orden cronológico, por lo cual se puede encontrar que una de las premisas se deje al final y se aduzca primero la conclusión, so pena de equivocarse en la identificación de la razón de la decisión, por uno de no relevancia, esto dependiendo de la audacia racional con la que cuente el intérprete. Así se concibe del texto del profesor Diego Eduardo López Medina (2006, p. 158):

La “subregla” con frecuencia está claramente expuesta en los considerandos, pero, a veces, tiene que ser a su vez “extraída” o “reconstruida” de sentencias más complejas. Esto significa que las

sentencias, lo mismo que las leyes, tienen que ser interpretadas. Luego de este proceso, el intérprete es capaz de exponer la “subregla”, que resulta indispensable para la decisión del caso resuelto en el precedente. A esta “subregla” (y a los argumentos de los cuales depende más directamente) se le denomina *ratio decidendi* del caso.

En la acumulación de la subregla y de los argumentos directos se desata la decisión que crea la generalidad, aplicable desde la impartición de lineamientos normativos, por el surgimiento de un planteamiento común, ajustable a problemas que reúnen ciertas similitudes, según la concepción de mantener la democracia y la separación de poderes (órganos). Para comprender el discurso que nutre la *ratio decidendi* en materia del precedente se trae a colación la Sentencia SU-047 de enero 29 de 1999, MM. PP.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, ítem 51, en la que se soporta la existencia de dicha razón:

Esta cualidad pasiva de la jurisdicción es esencial para preservar el principio democrático y la separación de poderes. Así, inevitablemente los jueces, al decidir casos, crean en ocasiones derecho, puesto que precisan el alcance de las reglas jurídicas existentes, o llenan vacíos y resuelven contradicciones del ordenamiento. Sin embargo, para que esa producción incidental e intersticial de derecho por parte de los jueces no sea riesgosa para la democracia, es necesario que ella ocurra exclusivamente en el ámbito de la resolución de casos, pues si se permite que esta se desarrolle desvinculada de litigios judiciales concretos, entonces claramente la rama judicial invadiría las órbitas de actuación de los otros órganos del Estado, y en particular del legislador, en detrimento del principio democrático. Por ello, únicamente el principio general que sirvió de sustento directo para resolver el

caso, esto es la *ratio decidendi*, puede aspirar a convertirse en precedente vinculante, mientras que las otras opiniones incidentales, al no estar inescindiblemente ligadas al asunto planteado al juez, a lo sumo tienen un valor pedagógico y persuasivo.

Lo que garantizaría una igualdad formal de la justicia y confina a no sorprender con decisiones a los sujetos procesales, en afinidad con la seguridad jurídica; debate que se torna pacífico en relación con la no afectación de garantías constitucionales que pretende asumir el Estado Colombiano y aliciente que se halla igual y en conexión lógica con la Sentencia SU-047 de 1999, párrafo atrás citado:

[...] 52. El anterior análisis justifica, no solo por qué únicamente la *ratio decidendi* es vinculante como precedente, sino que además lleva a una conclusión ineludible: el juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla, sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. Esto es obvio, pues si se permite que el propio juez, al resolver un caso de una manera, invoque como *ratio decidendi* cualquier principio, entonces desaparecen la virtud pasiva de la jurisdicción y la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir.

Así se reconoce por uno de los máximos tribunales de Colombia que en el ordenamiento jurídico del sistema germánico-románico, el cual tiene como fuente directa la ley y como auxiliar la jurisprudencia, procede de forma anfibia el precedente del sistema *common law*, en el que tiene una sujeción a la costumbre como fuente y se alimenta de la intercomunicabilidad entre los miembros de la comunidad y el sistema procesal de Administración de Justicia,



de cara a la integración de una realidad que está sujeta en el tiempo y que no se abandona por la evolución humana en el diario desarrollo de vida; para asimilar la disertación, el derecho debe ir siempre de la mano con el continuo avance que día a día proponen las personas; en el derecho penal serían las conductas que no se encuentran tipificadas porque el legislador no las engendró por su inesperada aparición (*verbi gratia*, en los años ochenta no se concebía en Colombia el latrocinio por medio virtual, ni la violación de datos, de ahí que era imposible en la época describirlo como conducta penal).

Ímpetu que torna la desfachatez de sumirse en un sistema que toma principios distintos al colombiano, pues de las calidades económicas, sociales, culturales y políticas, así como de la fundamentación de las fuentes, se tergiversa un sistema originario sujeto al imperio de la ley, evidencia que se asume por el recorrido hasta líneas anteriores de los dos medios que fecundan situaciones temporoespaciales de ordenamientos jurídicos contruidos por el *common law* y el *civil law*.

Claro está, del llamado que se le realizó al lector de tener en la cuenta los dos conceptos de jurisprudencia y de precedente, tratan de alcanzar la dicotomía teórica que reunía a una y otra postura, porque como lo hizo Luis Jiménez de Asúa (2005, p. 87) cuando se enfrentaba al concepto de la jurisprudencia al ubicarse al sistema *civil law*, trazó su argumentación en la fuente de ley:

Esta tiene un valor enorme en la analogía y en la supresión de las figuras delictivas. Sin embargo, recordemos que en los Estados democráticos ese papel de anular los tipos de delito existente no reconoce, sino que, por el contrario, se proclama, como lo hacen muchos códigos civiles, que “las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso ni la

costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean.

Congenia el texto con la rimbombante adecuación que de los sistemas toma Colombia en su ordenamiento jurídico, no por la interacción de ambos, sino por la importancia de las soluciones que se toman en materia penal, que es donde se materializa la afectación directa a la garantía de la independencia judicial, por la omisión del imperio de la ley y la inclinación hacia la jurisprudencia.

Es quizá, y enlazado con el derecho al debido proceso, como desde la concepción de la jurisprudencia judicial o el precedente se atenta contra la garantía de la independencia jurisdiccional, pues la intromisión desde una argumentación marca linderos que deben seguir los operadores por los pronunciamientos que han tomado los altos tribunales y, como se ha aclarado, las personas exteriorizan sus actos materializándolos en la realidad de manera diferente, ya por razón de modo, tiempo y lugar, ya por las características del individuo que realiza el hecho, lo que lleva siempre a una diferencia del caso en concreto.

Se critica desde aquí una derivada contradicción entre la valoración de lo acontecido o producido por el ser humano y los precedentes sustentados en hechos producidos que dieron respuesta a casos concretos y mal obrados, y presentarse como solución a argumentos que sirvieron de base a distintas particularidades.

Tal vez con mejor criterio se plantearía, por el contrario, que la argumentación que se utiliza en las sentencias, por la aplicación de la jurisprudencia, no atiende solo casos en concreto al derivarse en *obiter dicta* y *ratio decidendi*, teniendo que identificar el intérprete los argumentos que le son vinculantes, tal y como se ha recogido en la sentencia citada, porque la *ratio decidendi* congenia principios orientadores genéricos que son ajustables a hechos comunes y la *obiter*

*dicta* solo argumentos de paso, con lo cual justifica la interacción de estas decisiones como vinculantes.

Razón que no procede por petición de principio, por cuanto que de la argumentación falaz esbozada se tiene que, al estar inmersos en el imperio de la ley, los factores que fundan esta fuente directa son la principalística, que por tanto está inmersa en el texto normativo y que por parte del legislador<sup>5</sup> deberá tenerse en la cuenta para superar el control constitucional, y respecto a la *obiter dicta*, sus argumentos son conexos y entrelazados a la razón de la decisión, lo que forma un castillo de naipes en el que una pieza argumentativa es tan importante como las otras.

Ahora bien, esto no significa que el precedente no tenga buena intervención, sino que en Colombia la fuente que lo nutre no acaece de la costumbre, sino de la ley, con lo que se friccionan dos grandes sistemas que por su naturaleza se contradicen.

Acaso las sentencias de los altos tribunales no se presentan como jurisprudencia, y se reconoce de tal manera el imperio normativo que soslaya cualquier lindero entre la creación normativa e imperante que se le señala a la jurisprudencia, cuando su factor real solo se da como administrador de justicia para hechos individuales, dejándole la tarea al legislador de asumir la imposición vinculante obligatoria atribuible a la ley.

<sup>5</sup> Para equiparar el sistema *common law* al *civil law* se diría que el legislador asume las calidades de comunidad y al tiempo de operador jurisdiccional, porque en el sistema anglosajón se acepta mediante el precedente la interactividad de la comunidad por medio del jurado de conciencia y el operador jurisdiccional, los cuales resuelven los casos por decisiones tomadas en la sociedad que se replican en el tiempo, pero que cada vez son revaluadas por el jurado, o sea la comunidad afectada.

Esa jurisprudencia que elaboran los altos tribunales en Colombia, de manera exclusiva, alojan argumentos que orientan la interpretación de quienes se apoyan en ellos, pues en su confección se han concretado respuestas de casos particulares, así que no tienen la obligación los inferiores funcionales de soportar cargas argumentativas mayores de las decisiones colegiales, pues como hasta ahora se ha manifestado, lo fáctico y las personas que los realizan no son iguales.

Se debe este párrafo a la preponderancia mal habida del precedente en Colombia, como quiera que no se presenta y solo existe en el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia, así se asume del texto de Francisco Zúñiga Urbina:

Como hemos dicho, la doctrina del precedente designa un principio de derecho (*ratio decidendi*) que ha sido aplicado por un juez para decidir un caso análogo al que le corresponde ahora resolver a otro juez, o incluso al mismo. El precedente goza de una fuerza normativa peculiar, que difiere en los sistemas jurídicos o familias de derecho; de suerte tenemos un vínculo absoluto (*binding*) como ocurre en el derecho inglés, que solo autoriza a desvincularse si el caso es distinto (*distinguishing*) o bien que la solución anterior es fruto de un error (*per incuriam decisionis*); o simplemente, como ocurre en los sistemas de derecho “románico-germánico”, el precedente puede gozar de un valor o “eficacia persuasiva” (Pizzorusso) (p. 158).

Es por ese motivo de fuerza normativa que goza el precedente, que el sistema colombiano no lo data y en cambio recoge solo la jurisprudencia, ya no como vinculante, sino como orientadora. Esta temática es abordada para confrontar y consolidar en el raciocinio del lector el problema que se presenta cuando la garantía de la independencia judicial —jurisdiccio-



nal— se afecta a la hora de tomar decisión del caso que asume un juez o magistrado, porque ya se ha atendido por un alto tribunal una postura.

La independencia jurisdiccional en su nacimiento no se acoge por separarse de las decisiones, sino por la libertad interpretativa que impregna al que asume como administrador de justicia, que debe apartarse de la influencia de medios, superiores funcionales y presiones, albergándose únicamente en la apreciación que obtenga del proceso, y que a la hora de fallar o decidir, confine su conocimiento del debate evaluado frente a su órbita, bloquee y equilibre su argumentación al caso particular, sin ser contaminado en su determinación.

Se alude al desfortalecimiento que engendra el precedente judicial, porque predestina sin valorar elementos propios de un juicio concentrado, imparcial, contradictorio, donde el debate argumentativo y probatorio se presenta por singularidades que se producen por hechos que exterioriza el hombre cuando se ubica en una conducta penal que de aliciente garantiza un verdadero proceso marcado por las garantías del juez natural previamente determinado, competente, imparcial e independiente, que opera y administra justicia con el aval de la protección de los derechos de las víctimas, de la sociedad y del procesado.

No atenta la independencia de juez, colegiado o no, cuando se separa de argumentos decisivos por un alto tribunal, porque de igual manera está obligado a motivar las decisiones sin que vulnere el derecho de igualdad, ya que a grosso modo se tiene el derecho a la segunda instancia, el cual avoca desde su conocimiento lineamientos propios y no derivados de decisiones preexistentes que rompen con la representación de cada operador otorgada por la Constitución, garante de otorgarle a los miembros de la comunidad una interacción en la resolución de un conflicto aplicando normas penales sujetas a la ley, librándoles exclusivamente a adecuar la norma que elaboró el legislador.

## ■ Conclusiones

Las anteriores razones son las que llevan a concluir que:

- El sistema de fuentes del derecho colombiano solo tiene como aplicación directa a la ley y los demás criterios, como la jurisprudencia, únicamente como auxiliares del derecho.
- Los términos precedente y jurisprudencia responden a dos sistemas de derecho: el primero, el *common law*; y el segundo, el *civil law*, ambos no pueden confluir, como quiera que violarían la garantía del debido proceso.
- La independencia judicial como garantía del debido proceso permite la autonomía de los administradores de justicia en favor de proteger las decisiones tomadas en el proceso, con lo que se evita la intromisión de agentes externos.
- La independencia jurisdiccional como garantía del debido proceso emite un mensaje de confianza al pueblo y a la vez restaura la justicia y la seguridad jurídica.

## ■ Referencias

- Colombia, Corte Constitucional (1999), *Sentencias*, “Sentencia SU-047”, MM. PP.: Gaviria Díaz, C. y Martínez Caballero, A., Bogotá.
- (2001), *Sentencias*, “Sentencia C-836”, M.P.: Escobar Gil, R., Bogotá.
- Garro, A. (1988), “Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, pp. 95-134.
- Igartúa, J. (2006), “La fuerza vinculante del precedente judicial”, en *Isegoría*, núm. 35, pp. 150-172, 193-205.
- Jiménez de Asúa, L. (2005), *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Perrot.

- López, D.E. (2006), *Interpretación constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura.
- Montero, J. (1997), *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Taruffo, M. (2010), “La importancia del precedente y la jurisprudencia”, en *Biblioteca virtual Universidad Icesi* [en línea], disponible en: <http://dspace.icesi.edu.co/dspace/bitstream/item/2184/1/04.pdf>, recuperado: 29 de octubre del 2010.
- Tocora, F. (2002), *Principios penales sustantivos*, Bogotá, Temis.
- Zúñiga, F. (2006), “Sentencia del tribunal constitucional y el poder judicial. El valor del precedente”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 1, núm. 1.

