

**EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE
LOS JUECES**

Jose Andrés Cárdenas Ospina



Programa académico de Ciencias Sociales y Derecho, Facultad de derecho

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C

2022

**EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE
LOS JUECES**

**EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE
LOS JUECES**

Jose Andrés Cárdenas Ospina

**Trabajo Monográfico de Grado presentado como requisito para optar por el título de
Abogado**



Docente tutor: Diego David Barragán Ferro

Programa académico de Ciencias Sociales y Derecho, Facultad de derecho

Universidad La Gran Colombia

Bogotá

2022

Agradecimientos y Dedicatorias.

En este apartado he de dar mis sinceros agradecimientos y dedicatorias, no solo a aquellos que me han acompañado a lo largo de este tramo, sino que también a los que me han guiado y me han encaminado de lado a lado, y aquellos que si bien, no caminaron conmigo todo el sendero, me dejaron un legado inmenso e inmerso en el todo, pues al fin y al cabo no podemos crecer sin el otro, así que, gracias a todos por ayudarme a llegar al comienzo de todo.

**EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE
LOS JUECES**

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	5
ABSTACT	6
INTRODUCCIÓN.....	7
LINEA GENERAL DE TEORIA POSITIVISTA: GRÁFICA.....	10
CAPITULO 1: ESTABLECIMIENTO DE LA POTESTAD REGLADA: LIMITE A LAS FACULTADES DISCRECIONALES	12
CAPITULO 2: LA DISCRESCONALIDAD: LAS FACULTADES DISCRECIONALES Y SU APLICACIÓN EXPLICITA EN CAMPOS PROCESALES.....	21
2.1 Aplicación Explicita de la Discrecionalidad en otros campos.....	27
CAPITULO 3: FACULTADES DISCRECIONALES, LA DISCRESIONALIDAD COMO HERRAMIENTA DE LEGISLACIÓN IMPLICITA DE LOS JUECES.....	30
3.1 El Precedente como consecuencia de la discrecionalidad del Juez.....	34
CONCLUSIONES	Y
RESULTADOS.....	40
BIBLIOGRAFIA.....	34

RESUMEN

Este trabajo analiza los elementos que conforman la potestad reglada de las facultades discrecionales, puesto que este es un elemento abstracto y no hay una aproximación del mismo; además de analizar los escenarios jurídico-procesales donde este se contempla bajo términos más explícitos y le concede un margen de acción más amplio al juez, también pone a consideración el desarrollo de la autonomía de los jueces por medio de la discrecionalidad realizando un complemento en temas donde el legislador no alcanza a anticipar y, por lo tanto, el juez imbuido de autonomía bajo los términos de la potestad reglada hace uso de sus facultades discrecionales para legislar de manera implícita en consecuencia de la alteración que se suscita en la sociedad constantemente, es decir, los cambios en el paradigma y dando como resultado el precedente.

Palabras Clave: Facultades Discrecionales, Potestad reglada, Discrecionalidad, precedente, paradigma, autonomía

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE

LOS JUECES

ABSTRACT

This work analyzes the elements that make up the regulated power of discretionary faculties, since this is an abstract element and there is no approximation of it; In addition to analyzing the legal-procedural scenarios where this is contemplated under more explicit terms and grant a broader margin of action to the judge, it also puts into consideration the development of the autonomy of the judges through discretion by making a complement in issues where the legislator is not able to anticipate and, therefore, the judge imbued with autonomy under the terms of regulated power makes use of his discretionary powers to legislate in an implied manner as a result of the difficulty that arises in the consistent society, it is that is, the changes in the paradigm and resulting in the precedent.

Keywords: Discretionary Faculties, Regulated Power, Discretionality, precedent, paradigm, autonomy

INTRODUCCIÓN

La Discrecionalidad es un elemento sustancial en la autonomía del juez frente a eventos que requieren de una intervención más directa. El juez debe incorporar cierta participación para que este, mediante las herramientas que le brinda el proceso, pueda inferir una respuesta satisfactoria o aceptable no solo para los involucrados de la urbe problemática, sino que demarcando un hito para futuros casos complicados. Determinar el precedente como consecuencia de las facultades discrecionales como forma indirecta de legislación por parte del juez a partir del cambio de paradigma social es una labor del siguiente trabajo.

La cuestión del cambio en la costumbre, en general, es un problema abordado desde varias perspectivas, pero que, en el siguiente análisis, se abordara desde el reglamento constitucional, normativo y jurisprudencial del ordenamiento nacional. Al observar que, en Colombia, estos cambios son más frecuentes gracias al fenómeno de la globalización porque, además, el legislador no podría aproximarse a estas alteraciones del comportamiento social, por tanto, es necesaria una solución oportuna por medio de los que son más próximos a afrontar los retos procesales sin alternativa en la ley, los jueces por medio de la discrecionalidad. Además, se tratará de establecer los elementos que conforman la potestad reglada y su conjunción con las facultades discrecionales de los jueces y determinar los escenarios jurídico-procesales en donde se presenta la autonomía del juez por medio de una discrecionalidad explícita

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE

LOS JUECES

Las Facultades discrecionales le confiere al juez mayor autonomía dentro del proceso, pero esta independencia procesal no sería necesaria de no ser un factor que no puede resolver la ley, es decir, el cambio de paradigma social da origen a la discrecionalidad del juez, este, a su vez, debe llegar a un consenso sobre la solución óptima para el evento abstracto bajo una potestad reglada.

Entonces, la autonomía que concede la discrecionalidad no es total, porque el juez debe actuar bajo parámetros de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. En ese sentido, las facultades discrecionales tienen un margen de acción limitados bajo una potestad reglada, conformada por distintos principios y normas, en gran parte originados de la propia constitución y jurisprudencia, esto se verá con más detenimiento más adelante.

La idea del precedente como resultado de la autonomía procesal del juez en respuesta de un escenario abstracto nace a partir de la interpretación del artículo 113 de la constitución política de 1991, frente al principio de colaboración armónica, pues el juez mediante sus facultades discrecionales establece precedentes para realizar un complemento a la rama legislativa en circunstancias donde la ley no tiene cabida.

Ahora bien, por último, esta investigación es de carácter documental, de tipo jurídico, de carácter cualitativo, por tener un enfoque interpretativo y analítico, en donde se explica el objeto de estudio, sus elementos y desarrollo en los diferentes escenarios jurídico-procesales.

Para llevar a cabo la investigación, se usó el método documental que consistió principalmente en el uso de jurisprudencia, normas y leyes del ordenamiento interno. Además de principios de índole constitucional y conceptos emitidos por, gran parte, la corte constitucional y otros lados a partir del Consejo de Estado y, en cierta medida, doctrina alegórica sobre el tema.

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

LINEA GENERAL DE TEORIA POSITIVISTA: GRÁFICA

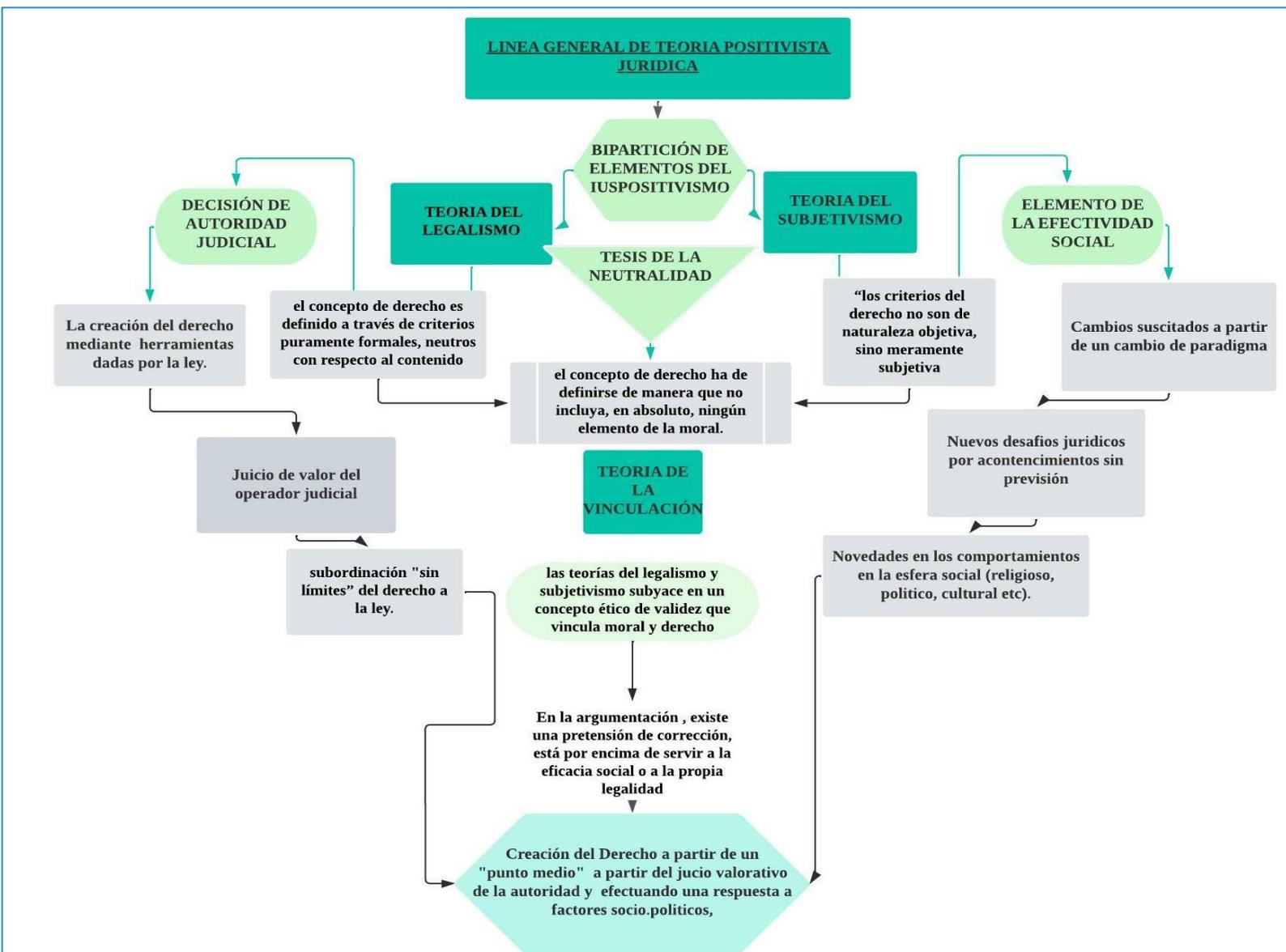


FIGURA 1: En esta imagen se puede observar las teorías más relevantes para el desarrollo de la creación del derecho analizando la esencia del argumento, que, en palabras de Hoerster es “una estipulación normativa, una sugerencia para una definición”, que sólo puede justificarse por argumentos normativos.

La bipartición de las teorías positivistas, es la intervención de factores en común con otras tesis, que para la realización de este trabajo son de vital importancia, pero que, solo son algunos elementos ya señalados por autores como Kelsen, R. Alexy, Hart entre otros.

En líneas generales puede asumirse que todas las teorías positivistas tienen en común la asunción de la tesis de la separación, que viene a decir “que el concepto de derecho ha de definirse de manera que no incluya, en absoluto, ningún elemento de la moral. Consecuentemente, para una teoría positivista, sólo quedan dos elementos definitorios: el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad social”. (ALEXY, R, 1989, pp. 167 y ss.)

Los puntos de vista comunes convergerían en cinco tesis, de las cuales la mayoría no serían representativas del positivismo:

La tesis de la ley (el concepto de derecho sólo podría ser explicado a través del concepto de ley); la tesis de la neutralidad (o de la independencia del concepto del derecho respecto de su contenido); la tesis de la subsunción (el derecho puede aplicarse en cualquier caso mediante una subsunción libre de valores); la tesis del subjetivismo (el derecho recto responde a criterios de naturaleza subjetiva) y la tesis del legalismo, Kelsen y Hart (el derecho está subyugado por toda norma de derecho y en cualquier circunstancia) (HOERSTER, N 1997 pp 9 a 17)

Es necesario analizar desde un aspecto más meticuloso para concertar una aproximación a la definición de lo que se define como “discrecionalidad” o autonomía judicial, desde un análisis positivista pues, estas corrientes metodológicas influyen en toda la investigación, más precisamente, las teorías de la separación o neutralidad, legalidad y subjetivismo, por que:

“los criterios del derecho recto no son de naturaleza objetiva, sino meramente subjetiva (HART 1961 pp. 203 y ss).

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

CAPITULO 1: ESTABLECIMIENTO DE LA POTESTAD REGLADA: LIMITE A LAS FACULTADES DISCRECIONALES

Las facultades discrecionales se caracterizan por ser un elemento de eficaz solución de los conflictos que, de alguna manera, no son posibles solucionar de forma ordinaria, pues los casos en los que las autoridades usan sus facultades discrecionales son bastante específicos y de tener solución de índole común no habría necesidad de la práctica de esta figura.

Ahora bien, cabe destacar que las facultades discrecionales están sujetas a un límite denominado la potestad reglada, considerando que el juez debe actuar bajo los parámetros que define la ley para circunstancias específicas, sin embargo, la ley es muy ambigua con respecto a su interpretación y aplicación, pues esta no nos da una definición exacta de lo que significa lo que son las facultades discrecionales, por no decir que ninguna, porque este mecanismo existe como un complemento, pero, a su vez, está directamente relacionada con los propios principios constitucionales colombianos:

“La jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes:

a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.” (01223 de 2018)

Ahora, esta figura pretende solucionar conflictos de especie abstracta en donde contiene cabida una ley en concreto en razón a no tener solución concreta en la ley en general, pero esta figura no tiene una aplicación práctica en los escenarios jurídicos, judiciales procesales y legislativos, ya que de por sí las facultades discrecionales son complementarias de la potestad de las autoridades públicas, administrativas y de los jueces.

En este último, este mecanismo es de aplicación opcional en su mayoría: los jueces de la república actúan bajo la potestad reglada frente a la aplicación de sus facultades por medio de la ley, entonces, hay potestad reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho se deben tomar las medidas a que han sido asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.

Por tanto, podemos asumir que estas figuran, en cierto sentido, una función de carácter constitucional por versar sobre temas de difícil solución para garantizar el derecho de los implicados en un proceso jurídico en virtud de los principios constitucionales adyacentes. Es ahí donde el equilibrio se establece a partir de una potestad reglada, pues este medio no subsistiría sin este en razón a la razonabilidad y proporcionalidad, es decir, sin esta, el poder de las autoridades públicas y de los jueces de la república excedería los derechos y deberes consagrados en la ley.

La potestad reglada es aquella que determina las normas y los diferentes principios como limitante de la discrecionalidad y que, a su vez, pretende que esta se anticipe a escenarios y

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE

LOS JUECES

eventos abstractos y sin una solución corriente, por distintos mecanismos como lo son la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado, entre otros.

La creación del derecho es resultado de los cambios que suscitan en la sociedad cambiando constantemente la historia:

“La ley y el derecho coinciden, de hecho, en general, pero no siempre y necesariamente. (ALEXY, R. 1994 pp. 18).

Esto es posible precisamente porque el ordenamiento jurídico colombiano no establece una potestad reglamentada clara ni tampoco una precisión del concepto de la discrecionalidad, dando diferentes desarrollos en los diversos campos jurídicos y procesales y, a su vez, la facilidad del uso de las facultades discrecionales en los diferentes estadios procesales en Colombia.

La determinación de este principio yace en la acción de los jueces que, en últimas, si bien no son partes en un proceso de cualquier índole, el juez es aquella figura que tiene el parámetro de decisión final por carácter procesal y normativo, pero, además, este tiene una amplia variedad de elección de decisiones dentro del proceso.

No solo se limita al tomar una decisión que resuelve un conflicto, sino que esta vela por los principios señalados en la carta magna como lo es el debido proceso, principio fundamental para el desarrollo procesal, además de completar una función establecida por la constitución política nacional, el principio de colaboración armónica, pues:

“Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” (Constitución Política de Colombia de 1991)

Frente a las facultades discrecionales de los jueces, este aspecto en mención no cambia, sino que se desglosa de estos parámetros constitucionales y legales porque el juez tiene un papel fundamental en el aspecto procesal, puesto son garantes jurídicos, por tanto, se adecuan a los límites establecidos por la ley para la intervención en los procesos:

“La discrecionalidad judicial resulta de la indeterminación del Derecho, implica libertad de elección y de selección, integra los poderes-deberes del juez que les confiere y les impone el ordenamiento jurídico.” (Masciotra 2015, pp. 115)

De este modo, la Discrecionalidad Judicial, consiste en la capacidad de discernir la solución justa entre diferentes parámetros. En definitiva, es el poder de decidir libre y prudencialmente en el marco de la ley y conlleva inexorablemente a la independencia del magistrado y, por tanto:

“Jamás se lleva a cabo en forma absoluta e indeterminada, siempre debe ser debidamente fundada y se encuentra sujeta al control de racionalidad y razonabilidad. Más que una prerrogativa debe ser entendida en términos de responsabilidad jurisdiccional” (Masciotra 2015, pp. 115)

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE

LOS JUECES

La potestad reglada es aquella que delimita estas facultades que de cierta forma son extraordinarias, esta, asimismo, faculta a la intervención bajo un control general a los jueces a tomar ciertas decisiones si así lo contempla la situación bajo los parámetros que fija la ley. Como se ha mencionado antes, esta aplicación es dinámica frente a muchos eventos, pues:

“los criterios del derecho recto no son de naturaleza objetiva, sino meramente subjetiva”.
(KELSEN, H, 1960)

En las disciplinas jurídicas que más se observan estos parámetros son: la administrativa y constitucional. Esta última, por considerar el escenario de constante cambio en la sociedad y, consecuentemente, el derecho, entonces se debe adaptar a los cambios conforme a la mutación de la sociedad para los nuevos retos jurídico-procesales.

Desde otra arista, parte del objeto de estudio de este trabajo es de tratar de concertar una aproximación de lo que son las facultades discrecionales y la potestad reglada, puesto que uno no se podría dar sin el otro. En el ámbito jurídico, la discrecionalidad tiene varias connotaciones, pero omite la explicación de la regla limitante, la potestad reglada, por asumirse que esta connotación extraordinaria está regulada y se limita por un marco general reglado, es decir, la propia ley colombiana sin extralimitarse en derechos constitucionales.

Sin embargo, si bien es cierto que las facultades discrecionales se caracterizan por ser excepcionales cuando el estado requiere aplicar mecanismos distintos al de un proceso en general, también establecen unas limitaciones a partir de una serie de reglas enmarcadas en nuestro ordenamiento jurídico y, de no ser el caso, se atribuyen a las fuentes formales e

informales del derecho. Esto se podría denominar potestad reglada como ya se ha mencionado con anterioridad, no habría facultades discrecionales sin una potestad reglada que lo regule:

“La potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley. Los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad.” (SU-172 de 2015).

En principio, la fundamentación de la discrecionalidad en el procedimiento, para que se pueda dar en un escenario jurídico procesal, debe estar adjudicado a un complemento. Es allí donde la potestad reglada tiene un papel fundamental, pues es el que evita que la discrecionalidad contraste con los principios señalados en la constitución.

Esta potestad se atribuye a distintas causas como lo es el hecho mismo y su nexa con las decisiones tomadas frente al caso de índole abstracto que, en su mayoría, supera la estructura normativa y legal. A los jueces o a las autoridades jurídicas se les es escaso las herramientas jurídicas que brinda nuestro ordenamiento jurídico para afrontar estas irregularidades jurídico-procesales:

“Esto supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la razonabilidad.” (Sentencia 01223 de 2018).

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

Como se venía diciendo con anterioridad, la potestad reglada es un complemento de la discrecionalidad y esta pretende dar una respuesta a las dudas jurídicas que no tienen auxilio directamente en la ley, pero, además, concede cierta potestad autónoma al juez en sus parámetros de decisión al no tener una imposición impuesta por el legislador, debido a que si bien esta de alguna forma tiene sus parámetros establecidos con respecto a la potestad reglada, se limita a resolver el concepto por medio de las fuentes formales del derecho, como lo menciona el artículo 230 de la constitución política:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” (Constitución política de 1991)

En el ejercicio de la potestad reglada hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la decisión viene a estar supeditada por el postulado del buen servicio, es decir, a la colectividad por parte del órgano competente para expedir la actuación jurídica correspondiente.

De esta forma, puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando el juez, en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre dentro de los límites que fije. La

ley de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley:

“Entonces puede afirmarse válidamente que no hay en el Estado de derecho colombiano facultades absolutamente discrecionales porque ello eliminaría la constitucionalidad, la legalidad y el orden justo de los actos en que se desarrollan y acabaría con la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.” (C-031 del 95)

Pero, entonces, ¿dónde se establece la limitación legal de las facultades discrecionales y que papel desarrolla la potestad reglada?

En realidad, la aplicación de este último establece el alcance del primero al no existir una estructuración definida en la ley, a saber, la potestad reglada viene siendo un conjunto de reglas impuestas dadas a partir de la constitución, pero que, bajo sus principios, el juez actúa con cierta “autonomía limitada” al poder remitirse a otras alternativas del derecho.

Sobre esto R. Alexy, plantea dos distinciones fundamentales sobre todo debate jurídico: el sistema y el sujeto. Así marca una diferencia en considerar los sistemas jurídicos como de procedimientos, o, de:

“Acciones basadas en reglas y guiadas por reglas a través de las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas; o como sistema de normas, es decir: “de resultados o productos de procedimientos de creación de normas, cualesquiera que sean sus características” (ALEXY, R. 1994, pp. 31)

Por lo tanto, las facultades discrecionales tienen un gran alcance de solución de conflictos jurídicos al establecer como factor una línea incierta en derecho consecuencia de un cambio en

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

la sociedad; no obstante, como ya se ha dicho anteriormente, en la actualidad surge la necesidad de formalizarlo o definirlo como regla procesal, puesto que, siendo necesaria la publicidad del principio, contribuiría al desarrollo de los procedimientos jurídicos que no tienen precedentes en el ámbito nacional y que, cada vez, son más constantes en el siglo actual.

Además de aportar a los escenarios jurídicos procesales actuales, los nuevos retos del derecho, los establecen los cambios de paradigma en la sociedad, pues, realmente, estos son los que generan nuevos obstáculos jurídicos.

CAPITULO 2: LA DISCRESCIONALIDAD: AUTONOMIA REGLADA DE LOS JUECES

En la norma colombiana no se ha contemplado una regulación formal para este tipo de facultades porque la definición de discrecionalidad es muy abstracta, tanto así, que no se determina un factor que mire hacia la estructura básica de regulación específica frente al mecanismo en mención, sino que, en Colombia, solamente se dan concepciones frente a esto, pero no una definición clara y aproximada, es decir, la potestad reglada en mención es un límite establecido a partir del conjunto de leyes, normas y la propia constitución política por no haber un concepto en específico ni una materia que lo regule.

Por lo tanto, las facultades discrecionales en todos sus ámbitos se ven directamente aplacada por aquellos límites constitucionales que, definitivamente, sin más regulación, pondera el alcance de la discrecionalidad sin un lineamiento claro y, en consecuencia, abre varias posibilidades de aquellas facultades de los jueces para una intervención extraordinaria frente a eventos sin precedentes. Como lo son los que versan directamente sobre derechos constitucionales (ejemplo: el matrimonio igualitario y el aborto) y aquellos donde tiene responsabilidad el estado. En ambos casos, la ley no se anticipa a esta realidad, es decir, el espectro social supera las expectativas del legislador, teniendo en cuenta que la sociedad en general está en constante transformación de la misma forma, la ley debe contemplar estos escenarios y adaptarse a ellos:

“El sistema jurídico re-influye en la sociedad, ya que el derecho forma también relaciones sociales. Por tanto, hablar acerca del derecho como sistema de poder, o como un genuino sistema de reglas, es sumamente erróneo” (AARNIO A. 1987 PP. 30)

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

Con respecto a las facultades discrecionales es complejo adoptar el tema, porque particularmente no se establece en concreto en una ley. Además de estar bastante distribuido. Sin embargo, se trata de que una autoridad es libre si dispone de autonomía para tomar una u otra decisión bajo los límites y parámetros de ley, sin que esto último implique una limitación a la autoridad al tomar una decisión, sino al contrario, pretende proteger situaciones en las que las autoridades actúan de oficio bajo su propia autonomía en un marco jurídico.

Bajo esta perspectiva surge la duda: si estas facultades discrecionales o la discrecionalidad son exclusivos de la disciplina jurídica constitucional, en realidad, esta no es la única área donde están presentes estas facultades, pero si en donde tienen más campo de acción. En un inicio se pretende el uso de este principio en los diferentes escenarios jurídico-procesales.

No obstante, en Colombia, se tiene la connotación de relegar esta función a los jueces constitucionales y esto debido a que nuestro sistema jurídico tiene la particularidad de elevar cualquier asunto a rango constitucional y, por jerarquía normativa, se relega cualquier asunto al estadio constitucional, afectando un derecho que indirecta o directamente se relaciona con los que están plasmados en la constitución política.

Las facultades discrecionales tienen la particularidad de complementar los “vacíos legales” que se dan a partir de un cambio de paradigma y, por ende, el dinamismo que tienen las autoridades para decidir es bastante amplio, debido a que la ley no podría anticiparse a todas las situaciones y el operador jurídico no siempre cuenta con todas las herramientas en el marco general de las leyes y normas para los estadios jurídico-procesales.

Por ende, este principio bien podría considerarse como una fuente formal indirecta del derecho, pues, en primera instancia, este principio ha sido el que más ha tenido impacto en el derecho en los últimos años al ser el complemento que ha resuelto los nuevos retos jurídicos que no tienen una solución determinada en la ley.

“Las bases económicas de la sociedad o de sus relaciones de poder no tienen, por lo general, un efecto directo en el derecho, el estrato ideológico de la sociedad funciona como un medio. Su efecto se manifiesta en la moral, la religión y otras formas de cultura o de códigos éticos; el efecto entre las estructuras básicas del derecho y la sociedad no es paralelo” (AARNIO A 1987 pp. 30 y ss).

Además, por medio del cambio en la costumbre también, al ajustarse a un principio que, de la misma forma, promueve una resolución de cualquier tipo de conflicto y se armoniza con el debido proceso, bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, pero sin una regulación del derecho positivo, se enmarca como un principio complementario del derecho.

Vemos que la esencia de este concepto no desglosa una gran descripción jurídica. Más aún, se encuentra implícito en las actuaciones de las autoridades sea cual sea su naturaleza, por

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE

LOS JUECES

ejemplo, la actuación que hace de oficio el juez en razón de pruebas o que se considere incompetente, de fallos anticipados, bien sea condenatorios u absolutorios o que en razón de proteger el derecho de defensa de una persona compulse copias entre otras más que, si bien están consignadas y amparadas por la ley, esto le dispone una autonomía propia a la autoridad. Esto contempla lo que es en esencia las facultades discrecionales de manera general que, como ya había mencionado, se encuentran de manera indirecta o apócrifa, pero se manifiesta.

Para Hoerster, existen razones que permiten explicar el surgimiento de una concepción objetiva de la norma o “consecuencia discrecional”, aun cuando esta concepción pueda basarse en una suposición:

“Una norma no puede estar fundada o infundada en sentido objetivo, sino siempre desde el punto de vista del sujeto que sostiene esa norma”. (HOERSTER, N.: 1992, pp. 50).

Ahora bien, con respecto a la discrecionalidad, como ya se ha mencionado con antelación, se debe tener en cuenta varios factores tales como: la razonabilidad, racionalidad, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, igualdad y publicidad, entre otros. Porque la discrecionalidad, en cierto sentido, contrasta con los principios mencionados anteriormente, porque en ocasiones los jueces se extralimitan de sus facultades, al existir una irregularidad jurídica que en algunas circunstancias esas facultades podrían parecer caprichosas; sin embargo:

“Las diversas normas que han consagrado la facultad discrecional, han sido respaldadas por la Constitución, en la medida en que se entienda que no se trata de atribuciones arbitrarias.

Por lo tanto, para la Corte Constitucional la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad “. (SU172-15).

Las facultades discrecionales se crean en su gran mayoría a partir del cambio en la costumbre y en la jurisprudencia, fuente formal del derecho; sin embargo, hay cosas que escapan de la regulación de la “discrecionalidad”. Esto último, y de la carta política nacional, pues al no estar sujeto a un marco general de regulación por parte del legislador, no establece un criterio ni definición claro de aplicación creando una mala praxis del concepto en la vida jurídica por su abstractismo; porque el elemento principal de este principio se orienta por el cambio de paradigma en la sociedad y de aquellas irregularidades jurídicas que se dan a partir de aquellos modelos, siempre y cuando:

La discrecionalidad judicial es concebida como una elección que otorga un margen de autonomía o libertad. Puede pensarse que dicha elección es mera o solamente una facultad de quien decide:

“Más aún, puede pensarse que esta idea queda reforzada con la concepción de estos casos como desarrollo o creación judicial del Derecho, donde los tribunales gozan de una potestad legislativa delegada. No obstante, este margen de libertad que se da a quien decide normalmente se complementa con el deber de resolver impuesto a los jueces” (ETCHEVERRY, 2014, pp. 154).

En este sentido, podemos denotar un claro desarrollo de facultades discrecionales por parte del juez en plena libertad de decisión, siempre y cuando, se ajuste a un caso en particular. El juez no es tan autónomo en sus decisiones, puesto que debe contemplar por obligación las instituciones judiciales, leyes y normas que rigen el aparato jurisdiccional del estado. Este

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

último, faculta al juez para tomar una decisión y ayuda a darle un sentido de fallo en virtud de lo que las partes hayan aportado al proceso.

2.1 Aplicación Explícita de la Discrecionalidad en otros campos

Como se ha constatado a lo largo del trabajo, las Facultades Discrecionales, con respecto a su aplicación en relación a los distintos escenarios jurídicos, son, en general, muy implícitas, pero que, en materias como la administrativa y constitucional, se encuentra de manera evidente. En cuanto a estos, la discrecionalidad se ve más desarrollada por las autoridades administrativas y los jueces constitucionales, por lo tanto, se analizarán en este momento, la autonomía del juez administrativo para reafirmar el campo de acción de las facultades discrecionales en un escenario procesal distinto al constitucional, pues este puede considerarse como el ultimo nivel procesal donde escalan los conflictos de distintas índoles como se ha señalado.

Por tanto, las situaciones atípicas no son lo único por lo cual se dan estas facultades que, si bien es cierto, es para un complemento de lo que no puede reglar las normas y leyes, también dispone de autonomía para otras cuestiones que requieren respuesta: la administración calla, no da un resultado. Es menester señalar que esto está regulado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el Silencio Administrativo Positivo y negativo, involucra directamente manifestación de la autonomía de la autoridad administrativa bajo los límites que le exige la ley, pero es decisión de la administración el cómo responde en este tipo de respuestas y ambas tienen sus efectos correspondientes descritas por la ley 1437 de 2011:

“En todo caso, ante el silencio de las leyes especiales sobre aspectos como la caducidad de la facultad sancionatoria, los recursos y el silencio administrativo, por ejemplo, resultarán aplicables las reglas del CPACA.

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

Lo anterior, sin perjuicio del principio de favorabilidad en materia sancionatoria, que cubre tanto aspectos sustanciales como procedimentales, en la medida en que es un elemento fundamental del debido proceso”. (C- 922/01).

Esta manifestación por parte de la autoridad administrativa así sea de silencio administrativo positivo o negativo, es una decisión libre que, además, está consagrada en la ley. Véase, además, que esta falta de pronunciamiento no constituye falta alguna a los derechos y principios que rigen el CPACA, sino, la expresión de la autonomía de la autoridad para tomar una decisión con la falta de respuesta. En consecuencia, debemos entender que, en este orden de ideas, si figura una facultad discrecional. Destacamos que el control por parte de la administración, en materia sancionatoria, también corresponde con esta figura porque la autoridad de oficio puede iniciar procesos sancionatorios, según el capítulo III Procedimiento Administrativo Sancionatorio Artículo 47 Procedimiento Administrativo Sancionatorio párrafo segundo:

“la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado.” (Ley 1437 de 2011).

Entonces, las facultades discrecionales se dan en un factor implícito en la mayoría de las jurisdicciones y campos del derecho. Al tomar a manera de ejemplo la tarea del juez en algunos momentos y situaciones específicas bajo un precepto de autonomía y de oficio con la potestad que le atribuye a ley y que, en su mayoría, se dispone de la última palabra, la decisión del fallo al juez, teniendo una autonomía en su decisión, fallando bajo todos los preceptos constitucionales y actuando conforme a la ley la manifestación de las facultades discrecionales, se sitúan de manera implícita en prácticamente todas las jurisdicciones.

Por otra parte, implica que este principio sirve para dar respuesta a aquellas situaciones jurídicas atípicas donde no hay apoyo jurídico o comportamientos que la ley no pudo prever. Esto se ve en todos los escenarios jurídicos facultando a las autoridades a actuar de manera autónoma siempre y cuando no se menoscaben derechos fundamentales. Esta figura existe para resolver este tipo de situaciones. No para deslegitimar los derechos de debido proceso, defensa y contradicción. Además del principio de legalidad que, como he mencionado con anterioridad, va en armonía con él.

Ahora bien, las facultades discrecionales como se ha dicho antes no son exclusivamente de la materia administrativa. Sí podemos argumentar que ésta se presenta de manera más explícita en materia administrativa, por cuestión a la propia relación que conlleva este principio con el debido proceso y el principio de legalidad, así como la buena fe. Más aun, estando consignados en la ley 1437 de 2011 en su Artículo 3 Principios, las facultades discrecionales no tienen un marco jurídico concreto y una regulación específica.

Hay que resaltar que el objetivo de este precepto es dar autonomía a la autoridad bajo los límites de la ley y, según actúe, se configura con el principio de legalidad, debido proceso y buena fe por parte de la autoridad.

Por último, entonces la orientación que tienen las autoridades, en razón de la discrecionalidad reglada, deben ponderar por poner en acción el órgano judicial con cierta autonomía bajo el cobijo de las leyes en razón a las facultades discrecionales y que estas hacen un complemento en situaciones atípicas. Aunque no sea la única facultad, es la que pondera en un ámbito general y, de la misma forma, se ve presente en la decisión o fallo de los jueces. Esta última, se ve

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE

LOS JUECES

imbuida de autonomía por parte de las autoridades correspondientes a cada escenario jurídico procesal.

CAPITULO 3: FACULTADES DISCRECIONALES, LA DISCRECIONALIDAD PRINCIPIO DE LEGISLACIÓN IMPLICITA DE LOS JUECES

Las facultades discrecionales deben estar sujetas a los principios consagrados en las leyes, normas y de la constitución política de Colombia. La discrecionalidad armoniza con los principios consagrados en la carta magna y se puede observar que es el parámetro de control de esta causalidad, es decir, la propia constitución colombiana, sin embargo, esta no puede anticipar todos los escenarios de la vida jurídica, y de allí se desprende una regulación “indirecta” por parte de los jueces, la corte constitucional y demás órganos de control jurisdiccional.

Entonces, estos complementan estas facultades discrecionales además de, como se menciona con anterioridad, el parámetro de control establecido por la constitución. Estos elementos conforman lo que se define como potestad reglada y es que, los jueces, bajo ciertos esquemas, se puede decir que crean teoría del derecho, nociones que crean criterios, a saber, que tienden a ser o establecer referencias en el orbe jurídico. Uno de los papeles de los jueces, pues por la connotación de diferentes derechos y principios tales como la contradicción, el derecho a la igualdad y algunos principios como la pertinencia, congruencia, eficacia y eficiencia. En

Colombia; sin embargo, el juez no realiza esta tarea de manera propia, sino que parte de una base, planteada a partir de unos hechos:

“El balance constitucional se puede dar moderado o radicalmente, a “izquierda” o “derecha”, esta posibilidad de desplazamiento de la doctrina constitucional se ejercitará de manera predominante mediante las técnicas individuales de análisis del precedente constitucional.”
(López, 2006, p.184, p.192)

Pero, al final es el mismo juez el que tiene que darle sentido para resolver el conflicto que se le ha presentado convirtiéndose en aquel que moldea a la vida jurídica la existencia de los precedentes a través de jurisprudencia, pero el juez no logra esto solo porque él llega a una conclusión a partir de los argumentos de los profesionales del derecho, los abogados representantes de las partes. En ese sentido, la complementación de las facultades discrecionales de los jueces, es decir, la potestad reglada, se concreta, adicionalmente, a partir de los profesionales del derecho: por medio de la argumentación. Estos son los que intervienen directamente en el proceso y le dan razones jurídicas para la decisión final por parte del juez, entendiendo que el conjunto conforma la potestad reglada:

“Como una interpretación adecuada del artículo 230 constitucional, debe darse la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual conforma la totalidad del ordenamiento jurídico, resaltando la intención del constituyente de darle clara y expresa

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

prevalencia a las normas constitucionales y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos” (Sentencia C-621/2015).

Por la razón antes expuesta, se hace menester resaltar la función de las facultades discrecionales pueden inferir en la aplicación y creación de precedentes jurídicos para ponderar la solución más óptima y eficaz para los interesados, la celeridad del proceso y la satisfacción de los intereses del estado social de derecho.

Al poder dar solución por medio de la aplicación de este principio a procesos sin desarrollo jurídico o que su dinámica sea abstracta, es decir, que la ley no tenga capacidad para solucionarlo, pues si bien la potestad reglada establece parámetros que debe seguir el juez, este no debe limitarse por solamente las leyes como herramientas, sino que debe optar por todo lo que comprende el derecho como sus fuentes porque el juez no es ajeno a los cambios de paradigmas ni tampoco las leyes ni normas establecidas porque:

“Si bien la idea de que la discrecionalidad judicial supone una elección pareciera implicar la ausencia de razones jurídicas para la selección de la respuesta definitiva, esto no significa que dicha elección pueda ser considerada arbitraria o irracional” (ETCHEVERRY 2014, pp. 154).

Por ende, se hace necesario resaltar la función de las facultades discrecionales pueden inferir en la creación de derecho mediante la toma de decisiones por parte de los jueces de la república, estableciendo precedentes jurídicos con el fin de inferir una solución más óptima, celera y eficaz

para los interesados. Esta decisión llevada a cabo por parte de la autoridad responsable, al poder resolver, por medio de la aplicación de este principio, en procesos cuyo desarrollo jurídico matiza con las leyes y normas convencionales o que su dinámica sea abstracta, es decir, que la ley no tenga capacidad para solucionarlo.

Tenemos en cuenta que si la potestad reglada establece parámetros que debe seguir el juez, esta comprende un conjunto de leyes y normas y demás fuentes formales del derecho. Por lo tanto, el juez está en la capacidad de comprender bajo estos parámetros, escenarios en donde el legislador no alcanza a contemplar.

Es posible que el orden jurídico autorice al tribunal en caso de que no exista una norma general que impone un deber al demandado a no rechazar la demanda, si la ausencia de una norma general tal es considerada por el juez como injusta o inequitativa, es decir, insatisfactoria:

“Esto significa que el tribunal está autorizado para crear para el caso individual una norma jurídica individual, cuyo contenido no está predeterminado por una norma general creada por el legislador o la costumbre. Pero el tribunal crea esta norma individual aplicando una norma general que considera "deseable" o "justa", que el legislador positivo ha omitido crear”.
(KELSEN, H pp. 253).

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

3.1 El Precedente como consecuencia de la discrecionalidad del Juez

En comienzo, es inevitable hablar de precedente cuando se da la connotación de un principio que de cierta manera es contradictorio a este, pero no necesariamente deben ser antagónicos, más bien podría llegar a considerarse como el resultado de la autonomía del juez. Además de un complemento para otros escenarios.

Más aun observando que en Colombia, las facultades discrecionales nacen a partir de la definición contemplada en distintas sentencias, es decir, se deriva de la jurisprudencia, en nuestra política nacional muchas veces las leyes, nacen a partir de un precedente jurisprudencial, pero que su reglamentación se da a partir de la adopción de una ley y la práctica de la regla en la sociedad, de allí devienen la existencia misma de la ley para los jueces. Debido a que en el marco general se contemplan una serie de parámetros para que los jueces se guíen, sus fuentes no se limitan solamente a la interpretación de la ley, sino que van más allá, pues los eventos jurídicos varían, la discrecionalidad es el complemento para dar respuesta de manera oportuna y eficaz a problemas de toda índole jurídica.

De allí parte el precedente y la práctica que debe dar el juez de este, de aquí la corte referencia dos probabilidades con respecto a la aplicación de precedentes, la corporación la define como el precedente horizontal y el vertical en cuanto al primero:

“El precedente horizontal hace referencia al respeto que un juez debe tener sobre sus propias decisiones y sobre las tomadas por jueces de igual jerarquía, mientras que, el vertical apunta al acatamiento de los fallos dictados por las instancias superiores en cada jurisdicción, encargadas de unificar la jurisprudencia.” (SU 172 de 2015).

El uso que se le da al precedente es por medio de la invocación o mención de la sentencia en el proceso y la creación de preceptos legales que resultan novedosos se dan por el resultado del debate procesal, es decir, las pruebas y como fruto de la controversia sobre el acervo probatorio deriva el precedente, al menos del horizontal, la vertiente contraria se denota más en campos jurídico-procesales superiores y no solo por estructura procesal plasmada en la ley, sino que, se ve influenciada por la jerarquía normativa y la superioridad constitucional, porque si analizamos de donde se desprende la jurisprudencia en Colombia, debemos referenciar al derecho constitucional, pues en todas las disciplinas del derecho y en toda la escena procesal (penal, laboral, civil, etc.) se relacionan directamente con derechos enmarcados en la carta magna y, en últimas, es la jurisdicción constitucional el último recurso para la resolución de un conflicto sin resultado por medios procesales ordinarios.

La presencia de la corporación constitucional se hace posible gracias a la figura del defecto fáctico, por parte del juez y de los recursos por parte de los abogados, pues estos son los que evocan el desacuerdo en los fallos procesales, la expresión del poderdante configura el defecto fáctico del juez en el proceso, lo anterior en consideración a la expresión de la corte en la Sentencia SU 172 de 2015 al definir que:

“El defecto fáctico tiene dos dimensiones, una positiva y otra negativa. La primera se presenta cuando el juez efectúa una valoración por “completo equivocada” o fundamenta su decisión en una prueba no apta para ello y la segunda cuando omite o ignora la valoración de una prueba determinante o no decreta su práctica sin justificación alguna. más precisamente, el defecto fáctico se configura cuando:

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

“ i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; ii) se da una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; o iii) no se valora en su integridad el material probatorio.” (SU 172 de 2015)

Más allá de la supremacía de la constitución sobre todas las leyes por establecerse un rango de mayor jerarquía, el precedente viene siendo una referencia tomada del debate probatorio y, aunque el precedente es una herramienta que les es más dable invocar por parte de los litigantes. Su mayor utilidad es el de fundamentar los argumentos de los involucrados en el proceso, tomando como base el precedente, ya sea horizontal o vertical, para que el juez tome una decisión dependiendo de los intereses de las partes litigantes y de sus conclusiones.

La participación del juez se limita a emitir un fallo de acuerdo a su juicio valorativo y el acervo probatorio otorgado por las partes. El juez debe tener cautela al momento de realizar sus juicios de valor con base en los resultados del debate procesal, pero: el avance sobre un precedente horizontal se da por la insatisfacción de los intereses de los litigantes al optar por alguna de los instrumentos taxativos en la ley como lo son la apelación y la casación que recaen sobre un superior jerárquico, en razón a los principios relacionados con el debido proceso, pues ellos se obligan a mantener cierta imparcialidad en razón a lo antes expuesto, pues:

“En este sentido al afirmar expresamente que para explicar la normatividad del Derecho no alcanza meramente con advertir que existe una práctica de tomar al Derecho como una razón para la acción, sino que es necesario reconocerle al Derecho su pretensión de ofrecer un tipo especial de razón para la acción. por lo tanto, se considera que el Derecho pretende una autoridad legítima.” (ETCHEVERRY 2014, pp. 158).

El precedente es consecuencia de un cambio en la costumbre en el sentido más específico del concepto, pues este demarca una evolución del derecho y adición de nuevos preceptos jurídicos, tanto así que, en cuanto cambia la sociedad, la ley debe acoplarse.

Pues bien, este lo hace a partir del precedente, marco referenciado por los profesionales del derecho define el alcance de nociones jurídicas y es una fuente formal del derecho que interviene directamente en su práctica y, en general, hace una transformación del derecho.

El papel del juez es de vital importancia, pero este se debe a su discrecionalidad y la ponderación de culminar con el resultado más satisfactorio la problemática jurídica a partir de los cambios en la sociedad por medio de la libertad de decisión que le otorga sus facultades discrecionales bajo los parámetros de la potestad reglada y, gracias al margen de decisiones dinámicas, amplifica su juicio valorativo buscando la alternativa más precisa o “correcta”:

“Parece aceptada la categorización de la discrecionalidad judicial con una “elección entre alternativas abiertas” fruto de que no existiera para los casos con una única solución jurídica positiva correcta, puede parecer confuso hasta qué punto los jueces tienen margen de maniobra si entre las alternativas que el Derecho presenta como correctas, pero es tarea decidir por parte del juez de decidir la que es más correcta” (ETCHEVERRY 2014, pp. 155).

Siguiendo esta misma línea, podemos denotar un claro desarrollo de facultades discrecionales por parte del juez en plena libertad de decisión, siempre y cuando se ajuste a un caso en particular, el juez no es tan autónomo en sus decisiones, puesto que debe contemplar por obligación las instituciones judiciales, leyes y normas que rigen el aparato jurisdiccional del estado. Este último, faculta al juez para tomar una decisión y ayuda a darle un sentido de fallo en virtud de lo que las partes hayan aportado al proceso esto se debe a la igualdad, legalidad, contradicción y derecho defensa, en tanto que:

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES

“Para explicar al derecho por lo menos se requieren dos tipos de reglas; las primarias que establecen los derechos y deberes, y las secundarias, que son las que permiten la modificación de las reglas primarias, las que confieren poderes y potestades” (PORRAS, J. D. 2004).

Las reglas primarias las establece claramente la constitución por medio de los derechos y deberes que allí se enmarcan y que, a su vez le confiere las potestades al órgano legislativo, es decir, las reglas secundarias, pues, aunque la constitución se enmarque como regla primaria para que el legislador puede realizar modificaciones o adiciones a la ley, debe colaborar en un sentido más amplio para la evolución del derecho.

Por tanto, en ese orden de ideas, la ley vendría siendo regla primaria para el juez, que, por medio de la potestad reglada, hace uso de su discrecionalidad para modificar o adicionar a la ley por medio de la jurisprudencia, fuente formal del derecho.

En suma, el deber de igualdad en la aplicación de las normas jurídicas, al ser un principio constitucional, es, a su vez, expresión del otro principio constitucional mencionado, el de legalidad.

En efecto, precisa la Corte que: “El ejercicio de las funciones administrativa y judicial transcurre en el marco del estado constitucional de derecho y entraña la concreción del principio de igualdad de trato y protección debidos a los ciudadanos, en cumplimiento del fin estatal esencial de garantizar la efectividad de los derechos, y en consideración a la seguridad jurídica de los asociados, la buena fe y la coherencia del orden jurídico. Lo que conduce al deber de reconocimiento y adjudicación igualitaria de los derechos, a sujetos iguales, como regla general de las actuaciones judiciales y administrativas” (C-816 de 2011).

En consecuencia, en el epílogo de este capítulo, se ha determinado la colaboración armónica de los jueces mediante todos los elementos que conforman la potestad reglada, además de haber identificado estos mismos y las causas que determinan la intervención de las facultades discrecionales de los jueces (eventos sin solución en la ley, escenarios abstractos, etc.). Establece criterios como precedentes supliendo en muchas ocasiones situaciones que el legislador no ha logrado prever, por esto, se demuestra que la potestad reglada es como un complemento a las facultades discrecionales para que la discrecionalidad pueda emplearse en los campos jurídico-procesales que, principalmente, es asumido por el juez. Por cuánto, este último, debe suplir los vacíos que no ha logrado anticipar el legislador y, por ende, el juez está creando conceptos jurídicos, principios y demás complementos para el cumplimiento de su deber por el principio de colaboración armónica, a saber, hace derecho mediante el precedente.

En síntesis, la discrecionalidad de los jueces es la consecuencia de un cambio de paradigma en la sociedad y, esta autonomía procesal, resulta en una definición del derecho por medio de jurisprudencia dando respuesta a los asuntos de índole abstracto

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE

LOS JUECES

CONCLUSIONES

Concluyendo con lo anteriormente citado, la discrecionalidad o facultades discrecionales deben ir reglamentadas o establecer parámetros a partir de una potestad reglada, esta última es la concentración de un conjunto de leyes, normas y fuentes del derecho, que sitúa las facultades de los jueces en un margen de mayor autonomía dentro del estadio procesal. Cabe resaltar que la facultad discrecional del juez no lo es en su totalidad, pues como ya hemos visto, la autonomía que tiene el juez está supeditado bajo los postulados constitucionales, legales y normativos. Por lo que el juez está obligado a satisfacer los intereses del estado social de derecho y brindar una respuesta lo más acertada con las herramientas que le ha otorgado el proceso:

“Entonces puede afirmarse válidamente que no hay en el Estado de derecho colombiano facultades absolutamente discrecionales porque ello eliminaría la constitucionalidad, la legalidad y el orden justo de los actos en que se desarrollan y acabaría con la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.” (C-031 de 95)

Por otra parte, si bien el escenario constitucional es más propicio para la misma discrecionalidad, este no es el único estadio en donde se ven establecidas esta alternativa: la discrecionalidad puede establecerse en cualquier escenario judicial, siempre y cuando, se den los indicios de un problema jurídico abstracto e imprevisible por la ley, los cambios en la sociedad suelen ser los eventos más concretos en donde el juez tiene mayor autonomía.

Para demostrar que la discrecionalidad de los jueces puede manifestarse en otros escenarios jurídico-procesales, a manera de ejemplo, se analizó otro lugar en donde se ven de maneras más

explicitas el desarrollo de las facultades discrecionales por parte de los jueces. En este trabajo fue el escenario de lo administrativo, el resultado del análisis estableció que, el operador judicial en la rama administrativa, tiene una autonomía bajo la discrecionalidad y un límite establecido en criterios interpretativos de la ley y, de la misma forma, como para los constitucionalistas son capaces de establecer precedentes en casos especiales.

El concepto de discrecionalidad en Colombia se ha definido a partir de jurisprudencia y es una posibilidad jurídica para que el operador jurídico en un marco jurídico-procesal determine por medio de su juicio valorativo conceptos que marcan precedentes, dando vida útil a los conceptos emitidos por el juez y creando fuentes del derecho a partir de jurisprudencia.

También se ha relevado que, el ultimo estadio procesal en Colombia, el constitucional, es donde el juez tiene mayor uso de sus facultades discrecionales, es decir, tienen mayor autonomía por medio de la discrecionalidad, usando lo que regula su potestad reglada e impone precedentes a partir de su decisión, pretendiendo optar por la opción más correcta limitándose por una potestad reglamentada y por el tema sin opción convencional o sin respuesta en la ley.

Por último, se ha determinado que el precedente es el resultado de la autonomía del juez que, por medio de sus facultades discrecionales, le otorga más margen de acción y, en consecuencia, de la actuación del juez, marcas precedentes en el derecho que, para la órbita jurídica, se intuye como una manera indirecta de creación de leyes y normas a partir de la respuesta al cambio de paradigma en la sociedad.

EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE

LOS JUECES

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona 1994, pp. 18. 30.

ALEXY, R.: *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*”, 1989, Pp 167 y ss

AARNIO, A.: *Lo Racional como razonable*, (Título original en inglés: *The rational as reasonable. A Treatise on legal justification*, D. Reidel Publishing Company, 1987, versión castellana de E. Garzón Valdés y Ruth Zimmerling), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 30.

Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, Artículo 3, 43#3

Corte Constitucional, Sentencia C 031 de 1995
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-031-95.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C- 922/01
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-922-01.htm>

Corte Constitucional, , Sentencia C 983 de 2005
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-983-05.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2011
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-816-11.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-621/2015
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm>

Corte Constitucional, Sentencia SU 172 de 2015
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU172-15.htm>

Consejo de Estado, Sentencia 01223 de 2018
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=85639#:~:text=Es%20>

[reglada%20la%20competencia%20para,deber%C3%A1%20efectuarse%20mediante%20acto%20motivado.](#)

Constitución Política Nacional de 1991, Artículo 3, 29, 113, 210

DISCRETIONALIDAD JUDICIAL, CAUSAS NATURALEZA LIMITES PP154
<https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/123/119>

EL PODER DISCRETIONAL DE LOS JUECES

Mario Masciotra <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/369>

HART J.L.A.: The Concept of Law, 1961 pp. 203 y ss.

HOERSTER, N.: En defensa del positivismo jurídico, Barcelona, 1992, Pp 50

KELSEN H, Hans Kelsen, Teoría pura del Derecho, México, Porrúa-UNAM, 1986

KELSEN, H.: Reine Rechtslehre, 20 edición, Viena, 1960;

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN Roben Alexy

LÓPEZ, DIEGO. El Derecho de los Jueces. Segunda edición. Bogotá: Legis. (2006).

PORRAS, J. D. Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo. (2004).

**EL PRECEDENTE: CONSECUENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DE
LOS JUECES**