

**Los movimientos de la seguridad jurídica en el sistema jurídico colombiano:
perspectivas desde los contratos estatales**

**Los movimientos de la seguridad jurídica en el sistema jurídico colombiano:
perspectivas desde los contratos estatales**

Autor
Arnulfo García Noguera

Director de la investigación
Profesor, Diego Fernando Rengifo Lozano

Maestría en Derecho Público
Universidad Santo Tomás
Bogotá D.C.
2021

Contenido

Introducción	4
I. EXPLICACIÓN Y ANTECEDENTES DE CÓMO SURGE LA SEGURIDAD JURÍDICA	
A. La ley como noción básica de seguridad.	7
B. Cómo se pensó desde la modernidad la seguridad jurídica.	10
II. ESBOZOS DOCTRINALES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA	
A. La estructura propositiva de la seguridad jurídica	13
B. Argumentos que justifican la seguridad jurídica	18
III. LA FUNCIÓN JUDICIAL ENTENDIDA EN CLAVE DE SEGURIDAD JURÍDICA	
A. Esbozos sobre el impacto de la seguridad jurídica.	22
B. Pensar el <i>activismo judicial</i> como una manifestación de la seguridad jurídica	27
C. La seguridad jurídica en sede Constitucional.	35
IV. PROPOSICION E INTERPRETACION DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN CLAVE CONTRACTUAL	
A. Movimientos argumentativos para entender la seguridad jurídica desde la contratación estatal	41
B. Breve análisis de como desde lo Contencioso Administrativo se concibe la seguridad jurídica	50
Conclusiones	52
Referencias bibliográficas	55

Introducción

La seguridad jurídica es una expresión muy común entre abogados, así como entre la práctica del ejercicio del derecho, en todos sus sectores; de ahí que resulten sobre el mismo instituto un sinnúmero de opiniones particulares. Pero para trascender de la simple opinión hasta llegar a un conocimiento teórico sobre el mismo, vale la pena hacer, así sea de manera somera una reminiscencia para comprender que, la seguridad jurídica tiene un contexto histórico sobre el cual se pensó. De lograr tal cometido se puede dar por superado aquel debate de extremos en donde se muestra una tensión, en donde, por un lado, se afirma que entender la seguridad jurídica petrifica el Derecho; mientras que otros argumentan la forma como la seguridad jurídica se acopla a las necesidades para dar en todo caso, respuestas desde el Derecho.

Pero qué pasa cuando la seguridad jurídica se traslada al escenario de las controversias contractuales en vía judicial. Será que tales nociones entran en debate al momento de mirar lo que acordaron las partes, o se hace necesario que una autoridad judicial desprenda lo que fueron las cláusulas alejándose de la literalidad de las palabras con las cuales, las partes decidieron obligarse. Al surgir tal situación, como una posibilidad en los escenarios judiciales, vale la pena saber de qué trata la seguridad jurídica, y establecer, si desde tal instituto, existen pautas a seguir, o por lo menos parámetros orientadores en caso de ser necesario darle aplicabilidad en el plano de los contratos estatales.

Así expuesto, como objetivo general se pretende analizar cómo la seguridad jurídica se mueve en distintos ámbitos, esto es, conceptuales, teóricos, jurisprudenciales, sin lograr un estado estático legal; ahora bien, para llegar a cumplir tal cometido, se establecen como objetivos específicos: (i) indagar sobre el surgimiento de la seguridad jurídica, (ii) ubicar la manera en que la seguridad jurídica se consolida, (iii) determinar la estructura de la seguridad jurídica desde la perspectiva judicial, y (iv) acoplar en el plano de lo discursivo, la noción que se construya de seguridad jurídica de cara al análisis de las cláusulas que enmarcan las voluntades dentro de un contrato estatal.

Como resultado se proyecta establecer una postura, fundamentada teóricamente con impacto en la práctica judicial, con sus matices teóricos sobre los rasgos de la seguridad jurídica a manera de esbozos de ahí que, en una primera parte se aborde la manera como se pensó en sus orígenes la seguridad jurídica. Para ello, se requerirá apoyarse en algunos sustentos teóricos, así como un hecho histórico, como lo fue la Revolución Francesa, para comprender desde ese momento los trazos que ha tenido la seguridad jurídica como noción.

De ahí que sea necesario apoyarse en la forma como se concibió la ley como origen de la seguridad jurídica y concluir su recorrido en concepciones que en la actualidad se presentan a nivel jurisprudencial, para lo cual, al finalizar el presente escrito, se expondrán los rasgos argumentativos que se dan en torno a la seguridad jurídica. En este punto, y en aras de delimitar el presente discurso, se explorará lo que para la Corte Constitucional significa la seguridad jurídica como concepto, así como para el Consejo de Estado; lo anterior a partir de un análisis lingüístico de contenido, es decir, de la metodología que busca revelar lo que indica el texto sin mayores interpretaciones.

Teniendo ambos insumos, esto es, el histórico-teórico, así como el jurisprudencial-conceptual, se realizarán los correspondientes esbozos de la seguridad jurídica, explicando con ello, su causa, así como la teleología que persigue, pero también, indicando las tensiones que su aplicabilidad representa. Lo anterior permitirá comprender la forma como se acopla la seguridad jurídica desde un plano legal al jurisprudencial, siendo éste el escenario de debate de diversas posturas; por lo mismo, el problema jurídico al que se le buscará una respuesta es el siguiente: ¿en ausencia de norma que indique textualmente qué es la seguridad jurídica, se puede afirmar que ésta subsiste por sí misma dentro del ordenamiento jurídico, o depende de factores de decisión vía jurisprudencial que le permiten actualizar el derecho mismo o una situación concreta, incluso de orden contractual dentro de lo público?

Como hipótesis entonces se sostiene entonces que, la seguridad jurídica, aunque primero se formuló en la época de la modernidad, como una manifestación política cuyo cometido estaba orientado a separar poderes, pero también a la claridad de las leyes, en otras palabras, de ceñirse a los preceptos normativos; con posterioridad el discurso de la seguridad jurídica

se dio en el ámbito jurisprudencial, siendo desde allí el escenario donde se actualiza el sistema de normas en clave constitucional. Pero a su vez, en torno a las decisiones de distintos jueces y sus variaciones respecto a la manera como se solucionan situaciones concretas, entre tales dinámicas se terminan haciendo abstracciones de nuevos contenidos que reconocen la seguridad jurídica como instituto, pero no como algo estático; bajo tales circunstancias, se sospecha que la seguridad jurídica es un instituto de constante transformación de postulados jurídicos, organizados por quienes tienen la facultad de tomar decisiones en vía judicial tomando en algunos casos la ley como justificación, pero a su vez sus discursos como corrección argumentativa para los casos concretos.

Todo lo anterior tendrá como propósito proponer unas afirmaciones de si en materia contractual, la seguridad jurídica cumple algún propósito, esto es, si por regla general se sigue la literalidad de las cláusulas del contrato estatal; o si, de manera inversa, cuando se presentan controversias, la autoridad judicial, esto es, el juez, acude a alguno de los elementos que se esbozaron sobre la seguridad jurídica. Por lo anterior, el trabajo aquí expuesto, es de corte descriptivo, más no de estudio de casos, o de análisis de líneas jurisprudenciales, mucho menos de estudio de laudos arbitrales. Todo lo contrario, tiene un propósito descriptivo que expone las causas en que se dio la seguridad jurídica, pero a su vez, procura responder a la pregunta planteada y desde ahí asumir una postura frente al instituto mismo de cara a las posibles controversias que se presentan cuando llegado el caso, un contrato estatal llega al escenario judicial de los jueces de la república.

I. EXPLICACIÓN Y ANTECEDENTES DE CÓMO SURGE LA SEGURIDAD JURÍDICA

A. La ley como noción básica de seguridad

Aunque no se desconoce el trazo mediante el cual el sistema jurídico desde la época de los romanos se configuró una serie de instrumentos que generaban reglas y procedimientos claros, se da por entendido el tema cuando, para Schiavone (2012) “Roma conoció una relevante presencia de la legislación, de la cual se han conservado restos para nada exigüos: desde las XII Tablas, aún en plena época arcaica, a los procedimientos votados, hasta la

compleja tipología de las constituciones imperiales” (p.47). Apoyado en la anterior cita, se puede afirmar que la importancia de la legislación escrita ha estado presente desde tiempos inmemorables; sin embargo, tal situación viene a ser más notoria en la época de la Modernidad, así como en uno de sus autores que incidió con sus escritos en lo que más adelante serviría de orientación dentro de la configuración de los Estados Modernos.

Por esa razón vale la pena considerar el planteamiento de Rousseau, especialmente en lo correspondiente a su obra conocida como *El contrato social*, publicada por el autor hacia el año de 1762. Sobre la referida obra, si se realiza un examen al interior de todo lo que el ginebrino escribió, así como con apoyo de bibliografía secundaria en donde han intentado con éxito entender las expresiones y propósitos de la obra, se tiene que Rousseau, buscaba promover una justificación teórica que evitara los intereses particulares, esto es, “la desigualdad de todo orden, especialmente del político y legal” (Rawls, 2017, p.250). Es de anotar que, si a la anterior noción hoy se le quiere actualizar, puede interpretarse como ese interés de Rousseau por pensar los poderes públicos separados, en distintos agentes, todos apuntados al interés general; situación que otrora, y por lo propio de su época, reposaban juntos en la institución de la monarquía cuyos propósitos sólo beneficiaban a unos pocos.

Para ello, Rousseau trató de dar cuenta de los procesos por los cuales se daban las situaciones de concentración de poderes; además, asumió una condición ideal con significaciones futuras que le darán paso a la apertura de justificar *el contrato social* como consecuencia de una suma de voluntades particulares con propósitos generales. Lo anterior guarda relación según lo manifestado por Touraine (2014), en su escrito *Crítica de la Modernidad*, en donde entiende que, para el ginebrino, “había que evitar a todas luces el interés particular promoviendo el ejercicio de la razón” (p.29).

Dicho asunto entablaría una disputa sobre la forma en que se comprendía el Estado, en la medida en que ahora sería *la voluntad* el punto de encuentro de todos los intereses, de manera que, “son los ciudadanos unidos bajo un interés común quienes constituyen un contrato social desde el cual se dictaminan las decisiones soberanas” (Deleuze, 2016, p.15). Es de anotar que tal reflexión trabajada por Rousseau no se ciñe a un simple cambio en la temática del

discurso de la época; existe por lo tanto a partir de sus concepciones, un viraje en el uso del lenguaje, así como de la forma como se comprendían las instituciones jurídico-políticas.

Y tal cambio que proponía el autor, estaba orientado a exponer que las leyes fueran entendidas como aquellos parámetros bajo los cuales la legalidad se justificaría mediante la cual, la voluntad general tomaría vida, para que nadie se saliera de ellas, ni siquiera el soberano, de ahí que el mismo autor sostuviera: “Las leyes son generales como resultado de una voluntad general y desde ahí se crea una República” (Rousseau, 2012, p.75).

Así las cosas, la ley viene siendo la fuerza de vida para el Estado, y a su vez, potencia que se halla en el saber mismo de la voluntad general; potencia, definida aquí como la capacidad de establecer relaciones en el mundo jurídico político y social, es decir, un poder que a su vez radica en la posibilidad de deshacerse de los intereses particulares que obedecen a la instauración de desigualdades. Pero todo esto tenía una teleología definida y era que allí, “donde gobierna un soberano deben establecerse límites los cuales se consagran en una constitución escrita” (Cassirer, 2014, p.120); en otras palabras, así como se indicó que el autor daría un viraje en el uso del lenguaje, aparece ahora que “la ley en cuanto tal no tiene un poder limitado, sino absoluto, puesto que manda y exige de modo absolutamente incondicional. Esta es la tesis que preside el Contrato Social y conforme a la que se estipulan sus menores detalles” (Ibíd.: p.121).

Pero es necesario aclarar que una ley así entendida no sería arbitraria en ningún sentido si su acción eficaz es la de limitar el poder soberano, las luces elementales para crear una buena ley recaerán además de la buena voluntad del pueblo, en aquel “legislador, hombre excepcional que no es magistrado ni soberano, ni tiene derecho legislativo alguno, pero es como el intérprete de la voluntad en la redacción de las leyes que debe enseguida proponer y someter al pueblo” (Brehier, 1962, p.146). Así las cosas, si la voluntad general es la esencia o el espíritu que motiva o justifica la creación de las leyes, y la forma misma cómo funcionará el cuerpo político, se evidencia una incidencia sobre el Estado o lo que serían más adelante las nuevas formas de éstos, en donde hay un objeto de poder revestido que tendrá como

condición la destrucción de las formas autoritarias para dar vida a lo que más adelante los países occidentalizados llamarían los Estados de Derecho.

Es justamente sobre esa consecuencia teórica de Rousseau sobre la cual se estructuró el Derecho Público como resultado de la Revolución Francesa; no en vano las leyes “delimitan las materias concretas que ellas mismas regulan” (García, 2001, p.108). Así las cosas, el derecho mismo es una respuesta social creada en ese momento histórico para buscar una certeza sobre los aspectos que antes habían sido desconocidos o modificados según la conveniencia política de aquel entonces; no en vano, para el parecer de Carbonell (2004):

La división de poderes y el respeto de los derechos fundamentales serían desde entonces, y lo siguen siendo en la actualidad los dos elementos clave para alcanzar ese objetivo, como lo anticipó en su momento el conocido artículo 16 de la Declaración francesa de 1789. [No en vano] (...) el artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 establecía que: la seguridad consiste en la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades. [Entonces una nueva configuración se va dando, en el entendido que] (...) la seguridad jurídica se expresa en mandatos de carácter formal con respecto a la actuación del Estado y de sus órganos, preservando la idea de la división de poderes como sujeción funcional a una serie de reglas del juego, con el objetivo de preservar la libertad de las personas que habitan en el propio Estado. (Carbonell, 2004, p.586).

Al quedar entonces reflejada y justificada la influencia de las concepciones de Rousseau al proponer legalizar la voluntad general como fundamento de todo, a cuya consecuencia, los nuevos órganos que permiten hacer funcionar este nuevo esquema de Estado, suprimirían la posibilidad de intereses particulares y llevarían a que la función volitiva -o voluntad general- moviera todo el andamiaje estatal, Rawls (2017) entendió que la postura del ginebrino “promovió una revolución teoría abriendo paso a la revolución del pueblo francés” (p.247). Por lo tanto, leer a Rousseau, permite tener en cuenta, una temporalidad fija, por cuanto escribió en una época de muchas controversias, pero también permite observar una inmutabilidad, en cuanto su pensamiento y formulaciones teóricas fueron centro y origen de acontecimientos que impulsarían hechos posteriores; en otras palabras, sus ideas en aquellos primeros discursos, se fueron proyectando potencialmente, de ahí que, el Contrato social daría vida y sustentos argumentativos a diversas propuestas de legalidad, entre ellas, el

respeto a la ley por parte del poder político, así como la organización estatal dividida en tantas partes para evitar una concentración unilateral de interés.

B. Cómo se pensó desde la modernidad la seguridad jurídica

Continuando con la idea anterior, la noción de legislaciones que funcionen como referentes de organización al interior del Estado, pero a su vez, fungiendo de parámetros para fijar nociones sobre derechos, patrimonios o procedimientos, empieza a tomar mayor vigencia como paso posterior a la conformación del contrato social y del cuerpo político; y la razón obedece a que, es a través de la legislación donde se garantiza que ambas cosas se conserven; luego, si la ley, será entendida como la manifestación de la voluntad popular, a su vez, la misma ley tendrá el propósito de transformar a cada individuo, de *cambiar la naturaleza humana*. No en vano, para el entendido de Rousseau, el hombre debe abandonar el estado de existencia física e independiente propia de un estado de naturaleza para constituir al hombre como la parte de un todo dentro de la sociedad.

Continuando con lo que debe ser la esencia y potencia del legislador para Rousseau, quien manda sobre las leyes, o por lo menos las constituye, no puede en ningún momento mandar sobre los hombres, de suceder esta situación se entraría en un conflicto de intereses que harían incompatible la función de legislar con la función de gobernar o administrar justicia. De no existir la separación de funciones, el legislador podría aprovecharse de las leyes para ponerlas al servicio de casos particulares; ahora bien, para evitar ese tipo de ventaja, se puede pensar en que toda ley debe ser aceptada o por lo menos cobijar el interés general propuesto en la primera dinámica que da vida a las leyes dentro del Estado, para lo cual el consentimiento de la mayoría es condición para la existencia de cualquier normatividad que pida ser aplicada para todos.

Lo que se debe dejar en claro es que en todo momento quien acepta unas leyes como previas, es porque en principio, le antecede una voluntad general, con una cláusula tácita, de ahí que exista el cumplimiento recíproco de las partes en no cambiar condiciones una vez se tenga algo como consenso. Por lo tanto, la propia ley debe ser revisada constantemente por

el cuerpo legislativo, pues las manifestaciones de la voluntad de un pueblo no son vinculantes a perpetuidad; ésta sería la única forma de poder cambiar una ley para el entendido de Rousseau. Por otra parte, la ley debe tener una función educativa, en el entendido que, no sólo debe convertir a los hombres en ciudadanos, sino también debe persuadir al pueblo para que acepte, entienda y conozca la necesidad de ser de la propia ley, y, eventualmente, la necesidad de su cumplimiento.

Sin embargo, si el legislador aparece en el alba de la existencia de un Estado, las dinámicas que desde allí ejerza siempre deberán conducirlo por los criterios de legitimación y a su vez, éstos motivarán el funcionamiento de todas las instituciones. De esta manera la seguridad jurídica empieza a tomar figuración propia, al procurar dos aspectos centrales dentro de las nuevas modalidades legislativas, esto es, “la división del poder público y las consecuencias legales de ciertas actuaciones” (Carbonell, 2004, p.587). Hasta aquí, puede entenderse el mayor insumo que da Rousseau y será el bastión para comprender cómo surgió desde la Modernidad la concepción de seguridad jurídica. De ahí que, se observe como elemento *prima facie* la creación de una Constitución escrita, seguida de legislaciones sobre determinadas materias que dan vida a instituciones y a reglas para actuar, bien sean de orden procedimental o normas de derecho objetivo-subjetivo. De esta manera se puede comprender el conocido *principio de legalidad*, tomando como presupuesto la “textualidad en todo el derecho, no en vano, según Bentham, <<el principio de legalidad debe predicarse de un conjunto de palabras, nunca de simples ideas” (Waldron, 2005, p.96).

Bajo este precepto, en donde se cuenta *ex ante* con una legislación que justifique y definan aspectos que merezcan según la necesidad del Estado o del legislador ser positivizados, no es deseable encontrar palabras escuetas dentro de las normas, comoquiera que, deben integrarse dentro de la propia concepción lingüística jurídica: “las descripciones normativas junto con el acoplamiento de los valores y su materialización en el ejercicio material de los actos jurídicos” (Iturralde, 2014, p.28). Estos aspectos todos reunidos darían paso a lo que se puede denominar *lo trascendental de la seguridad jurídica*, es decir, las condiciones de posibilidad que deben estar presentes en la mayoría de las leyes, en donde el texto legal como

tal, y sus enunciados sólo requieren para ser entendidos de un ejercicio cognoscitivo sin que sea necesario constituir objetos de interpretación o argumentación de la norma.

En un sentido similar, Carbonell (2004) concibe la necesidad de la seguridad jurídica apoyada en su primer momento, es decir, desde la noción legislativa, la cual, se espera toda norma se consagre de manera escrita, “puesto que al estar fijadas en un texto las normas que rigen en una sociedad son más fácil que sean conocidas y aplicadas por sus destinatarios” (Carbonell, 2004, p.587). Igualmente, el autor espera que las normas sean claras en todo sentido, “alejadas de formulismos oscuros y complicados” (Carbonell, 2004, p.587). Pero a su vez, debe existir claridad en cuanto al sistema de fuentes del derecho “a través del cual se determina qué normas forman parte del ordenamiento jurídico y los pasos que son necesarios para modificar o derogar esas normas” (p.588).

Si lo anterior es concebido en un primer plano sin mayores reparos, se estaría evitando el “[rompimiento] del dominio sobre lo que se supone es el derecho: un orden normativo, jerárquico único, unificado y exclusivo que depende del poder del Estado” (Griffiths, 2007. p. 152). De tal suerte, el sistema jurídico se corregiría asimismo porque para esta etapa inicial en la que se encuentra la seguridad jurídica, se debe “garantizar el cumplimiento generalizado de las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico a los particulares, así como la regularidad de la actuación a las autoridades” (Carbonell, 2004, p.589).

Así las cosas, parece en esta primera parte que el derecho *per se* posee una intencionalidad, y su acto que lo antecede tiene una teleología definida, esto es, que ninguna actuación puede estar o constituirse como consecuencia de corrección sino ha sido definida antes, por lo tanto, “la función del derecho de introducir orden conserva su peculiaridad por la importancia de saber lo que se puede esperar justificadamente de otros (¡y de uno mismo!)” (Luhmann, 2006, p.209). Con todo, la ley encausa y ordena a la sociedad de una determinada forma bajo la dinámica que, para constituirse una sociedad, primero fue necesario un contrato social, y a partir de tal presupuesto, una ley general empieza a especializar cada vez más con intereses de organización y decisión en beneficio de las actividades humanas, pero a su vez, sin proponérselo, va configurando la apertura a la seguridad jurídica.

Con todo, la seguridad jurídica entendida desde la época de la Modernidad fue una consecuencia histórica en un momento donde los poderes públicos estaban otrora en cabeza de una sola persona; es decir, un modelo de administración en donde se concentraba el poder legislativo, ejecutivo y judicial. De ahí que esa apertura de seguridad jurídica tiene en un primer momento el promover no sólo la separación de poderes desde un marco de legalidad entendida como principio; así la seguridad jurídica se consolidó como una estructura que permite vincular a todos los sujetos, incluidos los agentes estatales en el entendido que nadie estaría por encima de la misma concepción normativa. Finalmente, ese sometimiento a la ley no sólo se traduciría como una obligación en relación con un marco de legalidad definido, sino, además, dentro de éste prevalecería el interés general.

II. ESBOZOS DOCTRINALES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

A. La estructura propositiva de la seguridad jurídica

Dando por aceptado el argumento histórico en donde se da la importancia a la ley que regirá la conducta de lo que para el Estado moderno se considera importante, y contando a su vez con la especificación de ciertas normas en donde se describen conductas y consecuencias, pero también se establecen reglas para que entre individuos puedan realizar acuerdos según sus intereses, aparece con todo ello la base que constituirá la seguridad jurídica. Ahora, resta mirar las opiniones de los doctos sobre la materia, y así determinar la estructura de la seguridad jurídica. Empezando, se tiene que en su base debe existir una ley que trate alguna cuestión, a su vez, ésta debe contener “claridad jurídica entendida como aquella circunstancia donde el derecho vigente es comprensible para el ciudadano” (Stein, 1997, p.12).

El que se cuente con esta cualidad, daría paso, siguiendo al mismo autor a entender que quien lee la norma, puede comprenderla, y entender la previsibilidad sin mayores esfuerzos, “de aquí resulta la necesidad de redactar las leyes de manera tal, que sean aplicables a la mayor cantidad de casos” (Ibíd.: p.12). La otra parte que compone la estructura obedece a la

forma como la norma se auto-referencia desde su creación con proyecciones al futuro, es decir todo precepto normativo fijado en la ley o establece una condición o fija una regla, esto es, a grandes rasgos el fundamento del derecho penal, pero que en todos los casos de estructuras normativas es viable aplicar, en el entendido que ninguna especificidad que pretenda abarcar el derecho, sin una reglamentación expresa, poco puede volverse coercitiva o exigir su cumplimiento.

En todo caso, la proyección para que el Estado pueda anticiparse a posibles situaciones de cualquier orden constituirá una confianza hacia el sujeto en su diaria volición; de ahí que sea exigible que una conducta reprochable ya esté implícita como tal y a su vez, el ciudadano debe conocer tal prohibición con antelación. Ahora bien, aunque existen diferencias al respecto, en atención a que no todos tienen conocimiento de las normas penales, civiles, tributarias, laborales, y por el ello el posible desconocimiento puede permitir una excusa al régimen de regulación, es sabido desde la sociología que, a medida en que el individuo empieza tener interacciones con su entorno, se va haciendo una idea de las reglas, aunque sea en apariencia, porque en todo caso, “el derecho, en las sociedades actuales, está actuando constantemente en la vida de los hombres y marca el curso de sus acontecimientos más decisivos: desde el nacimiento y su registro, [hasta] la muerte que, debe [igualmente registrarse]” (Pérez, 2017, p.20). Por lo tanto, la mayoría de las situaciones tienen una connotación jurídica que ha sido antecedida por una legislación.

De ahí que, “el común de las personas orienta su vida bajo códigos de conducta o convenciones, y la primera vez que están en situación de cometer un acto que se desvía de la norma deben lidiar con esas supersticiones” (Becker, 2012, p.47). Así las cosas, si se acepta tal apreciación, se puede decir que las normas, por más que no exista un conocimiento profundo sobre ellas, en el sujeto siempre existe una expectativa si su conducta está reglada o sancionada por algún código.

Sin embargo, esta dinámica de obediencia de las normas tiene también implicaciones por parte de quien debe sancionar o ejercer el control, esto es, “respeto que deben tener los funcionarios, órganos, instituciones, autoridades y dignatarios del Estado a lo que describe

estrictamente el sistema jurídico normativo, en el ejercicio de sus funciones” (Hernández, 2004, p.169). Con todo, la seguridad jurídica se vuelve específico en razón no de la separación de poderes ni del acatamiento de la norma, como en la época de la modernidad se pensó, sino que entrará en un campo mucho más específico, esto es, en cabeza de quienes tienen que tomar decisiones puntuales sobre las materias que estableció el legislador a partir de los procedimientos establecidos con anterioridad.

Ahora bien, para entrar a revisar la órbita de quienes deciden y explorar la dinámica de la seguridad jurídica, ya en torno a unas prerrogativas legales así como a unos esquemas definidos del procedimiento, vale la pena indicar que la elasticidad para tomar decisiones dependerá mucho de la forma de Estado la cual se predica, es decir, si se trata de alguna de las dos modalidades típicas de un estado: el legal de derecho o el social y democrático de derecho; será entonces a partir de la *teoría de la constitución* que se encuentre el fundamento y alcance de esta última:

El principio de distribución libertad del individuo -ilimitada en principio-; facultad del poder del Estado, limitada en principio, se encuentra la expresión de una serie de derechos llamados fundamentales o de libertad; el principio de organización está contenido en la doctrina de la llamada división de poderes, es decir, distinción de diversas ramas para ejercer el poder público, con lo que viene al caso la distinción entre legislación, Gobierno (administración) y Administración de Justicia -legislativo, ejecutivo y judicial-. Esta división y distinción tiene por finalidad lograr frenos y controles recíprocos de esos <<poderes>>. Derechos fundamentales y división de poderes designan, pues, el contenido esencial del elemento típico del Estado de Derecho, presente en la Constitución moderna. (Schmitt, 2011, p.183).

Si la anterior es la manera como desde un ordenamiento superior se ordena el Estado, es válido pensar que el un primer momento y como consecuencia del desarrollo de la legalidad, los Estados modernos en sus inicios se inscribieron en la concepción de Legal o de Derecho, lo que trajo a la vez consecuencias no sólo en la división de poderes, tan necesarias para superar los acontecimientos que provocaron las revoluciones liberales del siglo XVIII, sino que también se empieza a crear un sistema jurídico, en donde, su predominio depende de lo preceptuado por las normas y éstas, a su vez, procurarán abarcar la mayor parte de las acciones humanas, es decir, prevalece la verdad formal y sus ritualidades. No en vano se

habla de *verdad formal* “respecto de una proposición cuando nos limitamos a verificar el enunciado con la consecuencia” (Bobbio, 2010, p.14).

La seguridad jurídica de aquella época promovía la forma de la reglamentación y la positividad de cualquier situación; con ello, “el objeto del derecho, según esta concepción o modelo que podría calificarse como *normativista*, será, pues, exclusivamente la norma positiva, [en donde prevalece] un análisis lógico-formal de su estructura o contenido” (Pérez, 2017, p.81). Pero como se trata de realizar esbozos que han venido desarrollándose a lo largo del tiempo, era de esperarse que llegaran nuevas formas de Estado debido a algunas transformaciones que el propio derecho ha permitido, y con ello, un nuevo aspecto de la seguridad jurídica; no en vano, se empezó a cuestionar el referido positivismo jurídico. “La idea central es que el Derecho ha cambiado y ello exige que la teoría del Derecho refleje esos cambios [debido a que] el positivismo jurídico ha constituido la teoría del derecho hegemónica durante los últimos doscientos años” (García, 2009, p.60).

Así pues, dentro de la dinámica constitucional es común encontrar el precepto normativo que caracteriza a un Estado como Social de Derecho, el cual guarda influencia del anterior modelo en razón a que busca garantizar la separación de poderes; pero también se diferencia de su predecesor porque aparece una forma que promueve el progreso con arreglo a la finalidad del Estado en facilitar “el progreso efectivo de cada uno de los ciudadanos” (Mir-Puig, 1994, p.34). Entonces, las instituciones tienen un fundamento derivado de la Constitución, visto como no sólo aplicar las disposiciones normativas a su tenor literal, sino ver más allá de lo que el legislador pudo considerar en su primer momento; es así como se le da entrada al juez en donde éste:

viene obligado a fallar aun cuando la ley no le proporcione respuesta o respuesta segura; pronto, lo que se presentó como descriptivo, [es decir, los enunciados normativos] adquirirá una dimensión valorativa: el juez creativo y crecientemente desvinculado no sólo resulta inevitable, sino que rinde un estimulante servicio a la justicia, pues consigue rescatar del monopolio estatal esa mezquindad que no admite esa formalización artificial. (Prieto, 2007, p.92).

Lo anterior mostrará a su vez una dificultad en torno a la seguridad jurídica, si se concibe de la forma originaria o clásica, en el entendido que sus postulados, según Carbonell (2004), cambian con el ritmo y velocidad de una comunidad determinada aumentando con ello la dificultad del ordenamiento jurídico de ponerse a tono con la realidad material de una sociedad (p.590). Así visto, la seguridad jurídica empieza a transformarse en el entendido que no obedecerá a un postulado normativo, sino que tiene toda una escala de disposiciones dentro de las cuales se encuentra:

un orden constitucional definido, una escala valorativa que a su vez enmarca los fines del Estado, así como una serie de principios, los cuales son los orientadores del ordenamiento jurídico. De esta manera, ese derecho que se ha constituido como tal desde la asimilación de la esencia jurídica, o sea de aquello que lo especifica como tal, puede alcanzar diversos grados de perfección o acabamiento, y es precisamente aquí donde se inscribe la seguridad jurídica, pues representa ésta un factor que modernamente es decisivo para establecer el mejor o peor derecho. (Vigo, 1999, p.271).

Entonces la seguridad se convierte en un *adjetivo del derecho*, aunque por otro lado, surgen los interrogantes referente a la previsibilidad o elocuencia jurídica en sede judicial; aunque con esto se presenta una coyuntura, en donde, el Derecho debe dar seguridad a quienes acuden ante él, y lo otro, es la seguridad misma del Derecho, porque se recordará que el derecho desde un Estado Legal, buscaría solo la condición que la disposición sea contemplada en una ley, que no produzca contradicciones, y en todo caso se debía evitar la valoración de la norma por parte del juez. Es por la anterior diferenciación que muchas veces el debate se centra en sólo un aspecto del mismo; luego, dentro de la forma de Estado, y teniendo en cuenta lo arriba indicado, el objetivo principal de la seguridad jurídica se traduciría como:

la consecución de la justicia y, como vías para lograrlo, la libertad e igualdad, con miras al interés general. Pero, aparte de estos objetivos de fondo, es una obligación del legislador y de los poderes públicos, el logro de la seguridad jurídica, porque sin ella solo con dificultades podrán hacerse efectivos los demás, por bien intencionado que sea el legislador en cuanto a sus objetivos. (Calatayud, 2014, p.407).

Lo que ahora será permitiente entrar a considerar por un lado, es si la seguridad jurídica, posee estructura y función propia de forma abstracta, por qué no tiene representación formal en la legislación si incluso, y a manera conceptual se entiende de entrada, y específicamente desde la doctrina como existente, es decir su sola enunciación discursiva “ya es de por sí, una garantía de seguridad y la seguridad fundamenta y justifica el surgimiento de las instituciones jurídicas y del Estado mismo” (García, 2000, p.22). Entonces, vale la pena esbozar cuál sería la justificación de la seguridad jurídica si su configuración es tan abstracta, en el entendido que está alejada de cualquier positividad dentro del sistema jurídico de forma expresa.

B. Argumentos que justifican la seguridad jurídica

Tal como ya se ha descrito en la primera parte, parece ser que, con la forma de concebir el Estado regido bajo la primacía de la ley, viene con ello la configuración de las formas de Estado, en donde, antes de la propuesta que hiciera Rousseau, existía en aquellas épocas Estado monárquico/autoritario. Pero con el auge de las revoluciones, especialmente la Revolución Francesa y las posteriores proclamaciones de las Constituciones en los primeros países europeos, post revolucionarios, la categoría <<derecho>> pasa a cambiar la cláusula de los nuevos Estados, de ahí que se entendiera conocida la expresión Estado de Derecho.

Bajo ese esquema entonces, con el paso del tiempo, se van acoplando las ideas de Rousseau, tal como se puede observar al revisar lo sostenido por Schmitt (2011) cuando indica: que dentro de las leyes constituciones está presente la voluntad primaria o traducido todo en clave política como manifestación de dicha expresión legal (p.125). De tal suerte, continuará exponiendo el autor, “el Estado aparece como el servidor, rigurosamente controlado, de la sociedad; queda sometido a un sistema cerrado de normas jurídicas, así que se convierte en solo norma o procedimiento” (Ibíd.: p.182).

Desde tales presupuestos dogmáticos, el espíritu de la seguridad jurídica se tomaría los países en la Edad Moderna, y con ello, se esperarían sus correspondientes consecuencias, en el entendido que, las leyes debían ser claras, y todo acto del Estado debía enmarcarse dentro

del ámbito de la legalidad; de ahí que ante arbitrariedades, debía generarse resistencia en donde se pasaba a un nuevo escenario, esto es, dejando de lado las manifestaciones políticas y entrando al ámbito de los debates judiciales en torno de los propios parámetros que establecía la propia Constitución. Así pues, la seguridad jurídica empezó a tomar otro tipo de discurso, esto es, en el plano judicial.

Pero, por otro lado, la realidad fáctica, constante y cambiante empieza a tomar discrepancias si se contrastaban los hechos con lo preceptuado en el canon legislativo, no en vano, se empezaría a sospechar que *las normas no pueden decirlo todo*. Surgen entonces, en paralelo, las ideas del liberalismo, y con ello otras formas de pensamiento que no buscaban contener todo en la racionalidad de la norma -pensamiento propio de la época de la Modernidad-, se debía percibir el mundo a través también de los sentidos, la experiencia y el empirismo, por lo tanto, si las leyes tenían cualidades primarias, esto es, describiendo el objeto que pretendían, la experiencia facilitaría interpretar los hechos que la norma prescribía como estáticos.

Surge entonces la tensión entre si existen los hechos, o cada acto es cuestión de interpretación. Lo anterior dará apertura a la complejidad y a mirar cómo la seguridad jurídica resguardando su esencia desde la estructura misma de la norma, es decir, contando con el presupuesto de la positividad -la ley escrita- puede moverse hacia adelante según los avances de la propia sociedad. Pero lo anterior traería una serie de consecuencias, porque desde las propias revoluciones y con el nacimiento del Derecho Público según García (2001), las consecuencias de la revolución industrial, la división del trabajo, el trabajo en serie, el valor de uso, el valor de cambio, etcétera; cada situación de éstas exigía normas o formas menos demoradas de atender las respuestas que llegaban donde los jueces.

Sumado a lo anterior, con la concepción de la economía como ciencia las reglas estrictas desde lo jurídico deben ceder el paso a realizaciones individuales por parte de los individuos; de ahí que sean las ideas de Adam Smith y su concepción de la mano invisible la que enseñe cómo organizar y dirigir el comercio, así como las relaciones económicas. Bajo tales supuestos, los intereses económicos se vuelven factores determinantes para la sociedad, pero

de la misma forma el derecho, como todo sistema, debe dar respuesta a la complejidad propia de tales relación que llegan por vía judicial, de ahí que, surjan las lagunas en el derecho, pero a su vez la respuesta de quienes quieren preservar la seguridad jurídica, pero también ayudar a avanzar esa petrificación, de ahí que surgieran nuevas clasificaciones las cuales, para el entender de Bulygin (2005), las normas se pueden clasificar en mandatos que ordenan, prohíben; así entendido, las leyes de este tipo pueden entenderse como correlaciones de enunciado-consecuencia facilitando con ello acoplarlo al a circunstancia concreta, (p.31).

En paralelo, se puede comprender que, ante esta clasificación doctrinaria de las normas, se pueden suscitar dos tipos de contingencias cuando se acude ante una norma para observar la posible solución: respuesta general, o individual; en todo caso, para Bulygin (2005) se debe atender siempre a casos concretos, de lo contrario, el juez fallaría en abstracto (p.32). Es bajo tales dinámicas que la seguridad jurídica se puede analizar desde dos vertientes: sobre el significado convencional, o la lectura general del postulado normativo; pero a su vez, la parte cognoscitiva de quien debe comprender la norma puede entrar en confusión entendiendo que sobre ésta será necesario hacer ejercicios de interpretación sobre el postulado mismo, es decir, mirar hasta dónde se puede estirar una predicación general y así volverla particular o viceversa.

Pensar lo anterior traerá como correferencia preguntarse sobre los límites que se extraen de esa referencia en el entendido que ésta “surge cuando se pregunta acerca de qué trata un enunciado, sin importar el modo en que este haya sido concebido, aplicado, erróneamente aplicado o puesto a prueba” (Bunge,2008, p.59). A modo de ejemplo se puede observar cómo para Hart (1998) en su intento por reconocer la movilidad de las costumbres en los cambios sociales y con ello, en las bases mismas de las normas, y al comprender las limitaciones de los legisladores al poder especificar todas las situaciones posibles, se debe buscar un método que atienda a responder tales situaciones (p.160), para ello formula su noción de *textura abierta* donde la norma se concibe a sí misma para proyectar el ejemplo de lo que su esencia guarda.

En este ejercicio la labor de poder modificar la norma correría en cabeza del responsable en lo judicial, quien crearía reglas para casos concretos aparados en un precepto normativo, de ahí que el autor considerara:

la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. (Hart. 1998, p.168)

La anterior explicación queda siendo una forma clara de cómo otras razones teóricas dan existencia a nuevas concepciones de seguridad jurídica; esta vez, para el entendido de Hart no en cabeza del legislador sino de los operadores judiciales o por aquellos funcionarios - administrativos o policivos- que se ven enfrentados a las circunstancias.

Aunque no de la misma forma como lo soluciona el derecho continental, en los países de occidente parece ser que se conjuga según Ross (2007) una especie de hibridez en donde:

La doctrina del surgimiento del derecho (...) adquirió la forma de un proceso estatal [en donde] (...) ya la escuela histórica partía, en su teoría de la aplicación, del dogma de la existencia prejudicial del derecho, conforme al cual al juez le corresponde exclusivamente localizar y aplicar la regla jurídica al caso. Si la regla no existía en forma expresa, como ley o como costumbre, entonces la ciencia debía hallar la solución requerida a través de la analogía por vía de razonamiento lógico a partir del material jurídico existente. Por el contra, se rechazaba toda decisión que partiera de la finalidad de la ley, del valor intrínseco de la decisión, de la naturaleza de la cosa, de la equidad y otras similares, por estar basada en consideraciones de tipo iusnaturalista. Esta doctrina de la interpretación fue incorporada por el positivismo. Combinándola con el <<concepto jurídico>> y el arte de la construcción jurídica, se logró desarrollar dicho método de interpretación hasta conseguir un depurado sistema lógico-objetivo. (Ross, 2007, p.235).

Hasta aquí, se puede ahora recordar lo que fue el planteamiento inicial que motivo realizar los anteriores esbozos para tener con ellos una posible fundamentación de la seguridad jurídica en el entendido si ésta subsiste por sí misma o depende de otra serie de elementos para que subsista y exista. Sin embargo, parece que se hace necesario hacer un análisis a manera de esbozo sobre un movimiento que tuvo la seguridad jurídica como instituto y sobre el cual, empezó a girar sobre un nuevo eje, esto es, el judicial, en donde la aplicación del

derecho reemplazará “la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una ponderación según valores y principios constitucionales” (Alexy, 1997, p.159), que a su vez se escalonarían en reglas, principios, así como el escalonamiento de los procedimientos.

III. LA FUNCIÓN JUDICIAL ENTENDIDA EN CLAVE DE SEGURIDAD JURÍDICA

A. Esbozos sobre el impacto de la seguridad jurídica.

Así como la seguridad jurídica empezó a gestarse con nociones teóricas en la época de la Modernidad inicialmente desde la concepción de Rousseau, cuya influencia se encontró en los procesos revolucionarios en Francia desde el año 1789, algo similar puede pensarse ocurrió respecto a la seguridad jurídica terminada la Segunda Guerra Mundial porque surgió un debate académico en torno a las Constituciones de los Estados, desde la óptica de cómo entender leyes que, por más positivizadas, es decir, amparadas en la legalidad, se puedan tornar injustas. De ahí que fuera necesario acudir a valoraciones de tipo moral que permitieran pensar los discursos que se dan en torno al derecho. De una forma sintética Bobbio (2010), indica cómo fue el panorama en la postguerra:

El derecho natural era considerado como el residuo de actitudes no científicas y debía ser eliminado en cualquier parte que apareciera. Por el contrario, al final de la guerra las posiciones se invirtieron, pues hemos visto a muchos juristas, una vez realizado su examen de conciencia, pronunciar una completa y presurosa palinodia, arrojándose en los brazos del rechazado derecho natural y dejar caer sin remordimiento al positivismo entre las antiguallas donde, hasta pocos años antes, yacía el derecho natural en completo abandono. (Bobbio, 2010, p.8).

Pero lo anterior empezó a ser pensado justamente por el propio momento histórico de la época recuerda Bobbio (2010), en donde, un viejo régimen liberal fue sustituido poco a poco por un régimen de dictadura (...) Pero, cuando se impuso la dictadura y la máquina del Estado totalitario comenzó a funcionar regularmente,, dando curso a la <nueva legalidad>, la concepción positiva del respeto a la ley sirvió oportunamente para el uso contrario, es decir, para inculcar la obediencia a la

autoridad, (...) para justificar todo delito realizado en nombre de una orden recibida de un poder que era, por lo menos, formalmente legítimo. (Bobbio, 2010, p.9).

Aquel momento histórico había disfrazado con la legalidad propia de las leyes que otrora evitaban los abusos de poder, otras formas de abuso; y bajo el pretexto de ser una norma se cometieron atropellos de tal magnitud que fue necesario replantear el discurso de la rigidez de las leyes; y dejarle a su vez paso a los jueces para que, pudieran pronunciarse al respecto no siendo unos simples conminados de piedra. Entorno a lo anterior, empiezan a surgir densos debates teóricos que a la postre terminarían con impacto en las propias decisiones judiciales y con el ello, en la concepción misma de seguridad jurídica.

Mientras por un lado se estaban dando debates en torno a reescribir el derecho tomando como referencia la experiencia histórica del pasado para no repetirla, como fue lo vivido durante la Primera y Segunda Guerras Mundiales, debía entonces pensarse el derecho en clave de protección más no como excusa para conflictos bélicos, así se justificaría el discurso constitucional; por otra parte, se fueron dando en distintos países interpretaciones de teorías económicas como las de Marx, desde donde idealizaban que la forma de llevar la revolución era por la vía judicial. Tales extremos como era de esperarse terminaron influyendo en diversos sistemas jurídicos a medida que las teorías se hacían más populares. Con todo, también empezaron a observarse figuras jurídicas de otros países que parecían novedosas de cara a sistemas jurídicos en vía de desarrollo.

De todas formas, podía llegarse a dos tesis que orbitan sobre la recepción de discursos, teorías o ideologías jurídicas desde donde se pretendía cargar al Derecho de valores y herramientas para que los jueces tuvieran un rol dentro de la actividad estatal: la primera de ellas atiende a que, “los trasplantes jurídicos son entonces interpretados por quienes defienden este modelo como medios que permiten alcanzar un fin determinado” (Bonilla, 2009, p.20). La segunda tesis atiende a que:

la falta de tradiciones intelectuales propias origina una cierta apertura a gran variedad de discursos, [por lo mismo] los autores y obras que se leen son aquellas que están a la mano y en su lectura terminan haciendo ejercicios de síntesis entre materiales que serían vistos como inconmesurables. (López, 2016. p.48).

Advertidas las consecuencias respecto de la medición de cómo una teoría o ideal doctrinario puede tener eficacia dentro de un sistema jurídico, y dejando claro que la recepción de tales propuestas muchas veces es recibida por quienes buscan cambiar algún status jurídico, bien por revolucionar el derecho o por darle un enfoque global. Se hace necesario realizar unos breves esbozos de la influencia de algunos diseños doctrinales que terminan sirviendo de bastión argumentativo para la toma de decisiones de algunos jueces, quienes se permiten, en sus fallos darle un nuevo viraje a la noción de seguridad jurídica, trasplantándola del plano positivo-normativo al de las sentencias judiciales.

Para empezar, un sistema jurídico debe tener un *telos* definido no en tanto a la forma del Estado, sino más bien en referencia a la noción de justicia que tenga. No en vano, desde lo teórico se promueve intentar alcanzar no tanto la justicia individual, como sí la justicia social, especialmente la defendida por Rawls quien sostiene:

El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, o más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por grandes instituciones entiendo la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. (Rawls, 2006, p.20).

Sin embargo, semejante planteamiento está sujeto a unos parámetros de ajuste entre los propios individuos antes de llegar a ser exigidos vía judicial, en el entendido que, quien goce de “una posición social o económica privilegiada, tendrá derecho a esa desigualdad a su favor, siempre y cuando, con ella se logre obtener recursos no sólo para él, sino también en favor de los más débiles” (Tamayo, 2013, p.99). Así las cosas, si se presentan obstáculos en los acuerdos fundamentales, el propio Rawls advierte los límites de su propuesta en el entendido que, no podemos interpretar hipotéticamente la teoría de la justicia cuando no pueden encontrarse las ocasiones apropiadas del acuerdo para explicar los deberes y obligaciones de los individuos; y, por otro, no podemos insistir en situaciones reales en que se corren riesgos para eliminar principios de justicia que no deseamos. (Rawls, 2006, p162).

Si la anterior es la teoría de la justicia que se pretende, pero a su vez los límites advertidos para no llegar a la angustia de exponer utopías, también vale la pena examinar la forma como otros teóricos han propuesto cargar de valores al sistema jurídico, lo cual, no es novedoso si se recuerda lo ya advertido por Bobbio explicado al inicio del presente apartado. Sin embargo, de qué hablan autores como Dworkin y Alexy. Comenzando con el profesor alemán quien entiende que en todo juicio se hacen valoraciones; es decir, hay valores que una colectividad ha aceptado como posibles y de cierta forma han hecho parte de un proceso legislativo.

En todo caso, dichas valoraciones pueden llegar a ser insuficientes “porque algo así como el sistema de valores del ordenamiento jurídico no es ninguna medida fija que sujete al que ha de decidir a una determinada valoración” (Alexy, 2007, p.32). De ahí que, al momento de juzgar, deben tenerse en cuenta los hechos y la materia sobre la cual existe controversia debe tener un mínimo probatorio. En otras palabras, “en la relación jurídica individual lo justo no se mide por la capacidad económica de las partes, sino por el juzgamiento justo de los hechos; pues la justicia, aún la axiológica, protege a la parte débil del caso discutido” (Tamayo, 2013, p.106).

Entonces, sino se debe fallar a partir de meras apreciaciones valorativas, pero en todo caso los valores son tenidos en cuenta en razón a que de cierta forma provienen de discursos teóricos, lo primero que hay por decir según Tamayo (2013) en su obra, *la decisión judicial*, es que “se entiende por interpretación ideológica, aquella en la que el juez al aplicar el derecho está sesgado por una determinada [influencia imaginaria de cómo debería funcionar el Estado en todos sus matices]” (p.107). Y al parecer fue eso lo que provocó el momento histórico de la posguerra, en el entendido que, en paralelo a la decisión política de proteger la constitución, se diseñaron modelos teóricos que dejaban facultades al juez para crear derecho por medio de sus decisiones judiciales, los cuales se pueden simplificar de la siguiente manera:

escuelas que pregonan el desconocimiento total de los textos normativos para aplicar la voluntad del juez según su apreciación subjetiva de las cosas. [Escuelas] de quienes respetan la aplicación de dichos textos cuando son claros, pero también admiten una cierta capacidad

o elasticidad interpretativa del juez, para garantizar la solución de cualquier caso difícil u oscuro que sea sometido a su decisión. (Tamayo, 2013, p.132).

Con posterioridad a tales movimientos o escuelas, surgen modelos de un nuevo constitucionalismo el cual se puede a su vez sintetizar en tres vertientes, a saber: “el neoconstitucionalismo teórico, el ideológico y el metodológico” (Tamayo, 2013, p.146). Respecto del primero, éste “consiste en defender la positivización de una serie de valores principios y derechos fundamentales, así como la función irradiadora o invasora de ellos sobre todo el ordenamiento” (Tamayo. 2013, p.146). Sobre tales nociones, el derecho puede ser interpretado a partir de su concepción lingüística, respetando, en todo caso, las nociones normativas establecidas por el legislador.

Siguiendo con la segunda concepción, esto es, el neoconstitucionalismo ideológico, como su nombre lo indica, el derecho empieza a tener forma ideológica y de esta forma se busca promover el derecho con la moral, y desde tales pretensiones dictar clases de moral en las sentencias judiciales “más allá de los que digan los textos normativos” (Tamayo, 2013, p.148). Respecto a la referida noción ideológica, hay quienes son críticos de tal concepción discursiva porque la función judicial se puede desviar promoviendo “otros objetivos diferentes del meramente jurídico, tales como las reformas sociales, y en general el activismo político, a partir de la actuación judicial” (Tamayo, 2013, p.150).

Finalmente, en lo relacionado con el neoconstitucionalismo metodológico, y es aquí donde entra la concepción teórica de Dworkin porque “existe una conexión necesaria entre derecho y moral, hasta el punto de que toda decisión jurídica debe estar acorde con principios morales y el juez, debe, por lo tanto, aplicar la única solución moralmente correcta y justa” (Tamayo, 2013, p.150) siguiendo una serie de pasos:

[primero] existe una etapa que es la preinterpretativa, consistente en el estudio del significado semántico de los textos normativos. La segunda etapa, que es la interpretativa, consiste en el estudio y valoración que se hará de acuerdo con las concepciones axiológicas de los miembros del grupo social correspondiente. Luego viene la etapa post-interpretativa, donde el juez o el auditorio imaginario, propone dejar la práctica como esta, modificarla o cambiarla por completo. Es lo que Dworkin denomina la interpretación constructiva. [Con todo] la interpretación del derecho es creadora o constructiva, [pero también] evolutiva al vaivén de

los cambios sociales y morales de la comunidad. (...) Y en la medida en que esa interpretación constructiva debe tener en cuenta, además, los principios morales de dicha sociedad, entonces Dworkin elabora su teoría central denominada el *derecho como integridad*. (Tamayo, 2013, p.264).

Lo que queda entonces a nivel teórico es un sinnúmero de autores con diversas teorías en las que cada exponente busca justificar su modelo como una antítesis de uno anterior. En todo caso, siguiendo lo expuesto por Kaufmann (2007), “no se trata de poner en entredicho todas las teorías. [más bien se trata de procurar que el derecho no sea usado como instrumento para facilitar desde la legalidad una injusticia]” (p.16). Mientras tanto, y dada la apertura a todo lo que un sinnúmero de autores puede decir o referir respecto de las posibilidades que tienen los jueces, también ha entrado otros saberes como los de la economía desde donde, para el entender de Posner (2012), en su obra *análisis económico del derecho*, “el economista puede demostrar que los medios por los cuales la sociedad ha intentado alcanzar sus objetivos son ineficientes, por lo tanto, la sociedad podría obtener más a un costo menor, utilizando diferentes métodos” (p.21).

Queda clara una cosa: cuando en Colombia se discute un texto legal, hay que remitirse a los artículos 25 al 30 del Código Civil; “normas que hablan del sentido natural y obvio según el uso general de las mismas palabras. [Incluso] el artículo 30 del mismo código establece que el *contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes*” (Tamayo, 2013, p.312); de manera que, el uso del contexto permite encontrar lo que se pretendió en un primer momento y desde ahí determinar qué significados son aplicables. En otras palabras, “la interpretación del contexto permite conseguir un significado único de una palabra para un caso concreto” (Tamayo, 2013, p.313), de ahí que el “textualismo sea la herramienta de interpretación principal” (Parra, 2018. p.193).

B. Pensar el *activismo judicial* como una manifestación de la seguridad jurídica

De llegarse a tomar como cierta la postura realizada por García (2012), en donde se debe partir de “la existencia un sistema jurídico [como] condición suficiente de la existencia de la seguridad jurídica [así como] justificar la equivalencia entre derecho y sistema jurídico”

(p.133), se puede pensar que la seguridad jurídica *per se* sería entendida como una abstracción en el entendido que se deja orientar por unos principios y valoraciones, generales o abstracciones las cuales sirven como parámetros orientadores. Por otro lado, se les deja a los jueces la posibilidad de ejercer a partir de su discrecionalidad la *completud* del sistema jurídico el cual va a tono con la finalidad de los postulados constitucionales.

A lo anterior se le ha llamado *activismo judicial* entendida de manera general como la complejidad de la ley en el entendido que no puede cubrir todas las situaciones que otrora se le habían pensado desde una noción clásica, en el entendido que ésta podía cubrir todas las posibilidades. Es de ahí que, para el sentir de Iturralde (2014) entienda que “hoy se sigue hablando de crisis de la ley en el sentido de que ésta no tiene los caracteres que históricamente se le habían adjudicado: generalidad, abstracción irretroactividad, claridad, todo ello dentro de un ordenamiento sistemático” (p.15).

Parece que una de las causas de la anterior postura es la misma globalización del derecho en donde, a partir de la influencia misma de tendencias internacionales el derecho local, es decir, el interno, pero específicamente el judicial, empieza a moverse hacia tendencias internacionales, lo cual se podría entender como una prioridad por las garantías y el poder judicial se convierte en el “poder más terrible y odioso, cuando tales garantías faltan o, peor aún, son violadas” (Ferrajoli, 2006, p.251). Así entendido, el mundo jurídico parece haber despertado una sensibilidad sobre los Derechos Humanos debido a la conciencia histórica adquirida a lo largo de las dos Guerras Mundiales, así como los momentos de trascendencia como fue todo el proceso de evolución de derechos después de la postguerra.

Entonces los jueces se sienten con una responsabilidad moral en el ámbito constitucional, esto es, en el sentido de dar respuesta a todas las preguntas que lleguen a su conocimiento, de ahí que “buena parte de los neoconstitucionalistas resuelven los casos que llegan a sus estudios empleando una especie de moral objetiva” (Iturralde, 2014, p.16); aunque el punto de discusión entrara en la tensión que se dará entre los propios jueces, cuando al entender de la misma autora siguiendo lo dicho por Comanducci (2003):

suponiendo que exista una moral objetiva o es conocida ni compartida por todos los jueces; no existe en nuestras sociedades una moral positiva compartida por todos los jueces; por el contrario, éstas se caracterizan por un pluralismo ético; los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones y o construyen un sistema coherente de derecho y moral para resolver casos y no construyen un sistema coherente de derecho y moral para resolver los casos, y los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente los casos. (Iturralde, 2014, p.16).

Así, los jueces empiezan a ver ciertos parámetros como postulados sobre los cuales se debe enfocar todo el derecho, esto es, desde la irradiación de los propios principios dejando de lado la concepción de los principios como mero acto teórico y pasando a considerarlo desde el ámbito general como particular; de ahí que se pueda definir “el constitucionalismo como el apoyo al gobierno constitucional, es decir, a un gobierno canalizado a través de, y limitado por, la constitución” (Waldrom, 2018, p.27). Parece en todo caso, que la justificación de lo anterior es poder limitar el ejercicio del poder ejecutivo o incluso del propio legislativo, porque el constitucionalismo visto desde la función de los jueces consiste en “controlar, limitar y restringir el poder del Estado” (p.33).

Si se quiere leer esta dinámica de una forma en clave garantista, el activismo de los jueces está soportado sobre la justificación constitucional de evitar algún resultado político o jurídico contrario a los propios mandatos de la Constitución. Por lo tanto, no es tanto que el juez se tome a su arbitrio determinar sobre una cuestión que termine siendo perjudicial a los intereses del gobierno, sino todo lo contrario; éste órgano de decisión en vía de constitucionalidad o con fundamento en su invocación para proteger garantías constitucionales, ante todo “establecen [o reafirman] instituciones que permiten que las personas cooperen y se organicen entre ellas para llevar a cabo proyectos que no podrían emprender solas”(Waldrom, 2018, p.37). Es por lo anterior que los tribunales de cierre en vía judicial por lo menos, y en cuanto respecta a Derechos Fundamentales, en principio, promueven la colaboración armónica entre las instituciones para prever desde tal engranaje la consecución y logro de las garantías individuales; de ahí que:

la función más importante del derecho es la de garantizar los derechos de los individuos frente a la mayoría o al Estado. Ante los potenciales conflictos entre derechos y objetivos sociales, los derechos son triunfos políticos en manos de individuos. De esta forma, la teoría de la

decisión judicial no puede más que tomarse en serio los derechos de las personas, siendo el respeto de éstos su objetivo esencial. (Arango, 1999, p.54).

Bajo el anterior entendido, entender seguridad jurídica puede ser a este nivel del discurso una cuestión muy diferente a la inicialmente pensada por lo menos en los inicios de la modernidad; pero ello no significa que se haya dejado de lado el propósito que otrora había fundamentado la seguridad jurídica, en el entendido de limitar las arbitrariedades. Más bien, la seguridad jurídica es todo el entramado de instituciones orientadas bajo los parámetros del ordenamiento constitucional definido cuya finalidad es promover las garantías en sus máximas expresiones, incluso, cuando la situación sea particularmente definida.

Eso traduce otro cambio que trae consigo una comprensión de la seguridad jurídica tal como se está perfilando, porque se podrá recordar cómo al inicio la regla sería de la generalidad en torno a las leyes, bajo el entendido que nadie podía estar por encima de la ley; cobijándose con ello incluso los agentes estatales si se analiza el trasfondo histórico que originó la seguridad jurídica. Así, aunque el germen de la aceptación a un ordenamiento jurídico ya está consolidado, son los jueces los que empiezan a observar si la simple ley tiene aplicabilidad atendiendo al criterio taxativo indicado por el legislador; o si, por el contrario, y dada la situación particular, se requiere la intervención del fallador para dar desde el Derecho una respuesta a las tensiones que se registran dentro de un proceso judicial.

Aunque hay quienes sostienen un escenario con un mayor grado de complejidad en el entendido de la actitud que toma el juez, es decir que éste selecciona muy bien los casos en los que considera decir algo nuevo; de ahí que Atria (2005) considere que:

Si el caso llevado ante el juez es uno que no interesa al derecho, el juez no tiene discreción, aunque no esté el caso regulado, y debe desechar la excepción. Si el caso es uno que sí interesa al derecho pero que o está regulado, entonces el juez tiene discreción y debe crear una regla (Atria, 2005, p.67).

En todo caso, cada una de estas situaciones dependerá de la práctica jurídica con que los jueces o Tribunales en sede de última instancia lleguen a ejercer sus dinámicas de administración de justicia; sea como fuere, “la seguridad jurídica es siempre una seguridad

material porque lo es siempre de los fines materiales establecidos por el sistema jurídico de referencia” (García, 2012, p.199). Así, los jueces tienen un comportamiento judicial no sin dejar puesto aquí que no existe una teoría que logre enmarcar todas las posibles posturas que tenga un juez al momento de tomar una decisión; pero sí se puede sostener la influencia de algunos falladores por las tendencias constitucionales globales que le abren la puerta a la consolidación de nuevos institutos jurídicos, en todo caso se tratará de la disposición que cuente el juez, magistrado o la Sala de Decisión al momento de tomar una decisión.

Aunque surgen según Posner (2011) en su obra *cómo deciden los jueces* una serie de posturas: por un lado, hay quienes piensen que la función de los jueces es limitar el poder estatal; hasta ahí se puede afirmar aún se conserva la tradición sobre la cual funcionó la seguridad jurídica. Otra escuela que surge tiene que ver con la noción de entender la decisión del juez a partir del estudio casuístico, de tal suerte que la decisión variará según el tema o problema jurídico a resolver. También existe la rigurosidad de quien sigue la norma procedimental, la ley especial y la Constitución; aunque surge además la corriente en donde aparece la tendencia del precedente.

Así, se encuentran quienes afirman lo dinámico de la constitución, al recrearla como un instituto jurídico en constante movimiento; de ahí que entiendan la libertad para interpretar el texto constitucional, rechazando la exegesis a rajatabla de las disposiciones en materia constitucional. En todo caso, la tendencia más común es que predomina el desarrollo de decisiones según los precedentes y no siguiendo el texto normativo. Con todo, para simplificar la cuestión se puede sintetizar de la siguiente manera, hay “una corriente que persigue la certeza en los textos y menosprecia al precedente, y la otra persigue la certeza en el precedente y menosprecia al texto” (Posner, 2011, p.377).

Lo cierto es que rara vez un caso puede tener un criterio único que pueda ser visto como aislado a todo el conjunto de decisiones previas, es decir, casi la mayoría de las decisiones se encuentran condensadas en bloques de argumentos ya dichos con anterioridad, lo que hace pensar que los jueces cuando se dedican exclusivamente a citar precedentes lo hacen en realidad porque:

son tímidos cuando se trata de hablar en nombre propio, pues temen presentar el hecho de hacer justicia por medio del derecho como algo excesivamente personal. Están constantemente hurgando en los materiales a la búsqueda de citas mencionadas en casos previos o referencias a tales casos para crear de esta forma la sensación de inevitabilidad acerca de una determinada posición. (Posner, 2011, p.382).

Darle un mejor crédito a semejante postura tiene como finalidad atender a una cuestión de orden mucho más práctico, en el entendido que en muchas oportunidades, por lo menos en cuanto a la profesión de abogados se refiere, a éstos les preguntan con mucha frecuencia sus opiniones respecto a determinados temas; y aunque puede sospecharse en una respuesta rápida haciendo énfasis a la textualidad de los compendios normativos, lo cierto es que cuando la situación fáctica es muy simple, el hecho se acomoda a la disposición legal. Ahora bien, en caso de suceder lo contrario, es común encontrar una remisión a unas reglas jurisprudenciales, que en todo caso a media que se agrupan y acumulan, terminan generando seguridad jurídica tanto desde la connotación como la denotación, bajo el entendido que cuando se respeta el precedente, como una medida para dar respuesta al caso concreto, deben con mucho sigilo jurídico encontrar si las condiciones que exigen un pronunciamiento judicial se pueden acoplar o cumplen los requisitos previstos en las decisiones anteriores al caso.

Pero la estructura que soporta tales dinámicas va ligada de una forma coherente, porque en todo caso, siguiendo a Waldron (2005) los derechos tienen formas lingüísticas determinadas amparados en el poder legal y social de una constitución (p.262). Así, por más que se vea como un posible uso arbitrario por parte de los jueces el manejo que éstos hacen de los recursos hermenéuticos, la identificación de un argumento entendido como regla o como principio estará sujeto de la discrecionalidad que el juez encuentre al momento de tomar una decisión; de ahí que sea visible darle la entrada a nuevos esquemas o institutos derivados de la expansión del texto constitucional, aunque en todo caso lo que se termina haciendo es reforzar la sistematicidad de un gran engranaje que busca no sólo intentar ser coherente, sino también darle respuesta a cada caso que llegue visto desde el espectro constitucional.

En todo caso, mal se haría en pensar un derecho *descuadernado* por decirlo así, en donde unas especificidades avancen sin la armonía del texto constitucional; de ahí que el juez empiece a moverse entre distintas disposiciones, tanto arrancando desde el ordenamiento superior, o llegar a él de una forma discursiva. Por lo tanto, siguiendo lo dicho en la obra *interpretar y argumentar*:

Hay que decir que la combinación de disposiciones es una técnica interpretativa de alguna manera <<obligada>> siempre que: (a) una norma esté sujeta a excepciones dispuestas en otros enunciados normativos; (b) un enunciado normativo contenta un reenvío expreso a otros enunciados normativos; (c) el antecedente de una norma haga referencia no a <<meros>> hechos, sino a hechos calificados por otras normas, lo que equivale a un reenvío implícito. (Guastini, 2018, p.291).

Quizá de esta manera se pueda entender la función del juez y su forma de entender la seguridad jurídica, máxime cuando para explicar tales aspectos sea necesario recurrir a la explicación de cómo se atribuye un hecho objeto de decisión a una disposición legal, y a su vez, de tal paso, al ya estar dentro de la norma, interpretar el enunciado que según el caso “permitirán atribuir a la disposición el significado más inmediato (interpretación declarativa) o bien un significado más amplio o más restrictivo (interpretación correctiva)” (Atienza, 2019, p.69). De tal ejercicio es que se deciden situaciones concretas, que a su vez se van acumulando en el repositorio de sentencias donde se constituye un bloque sólido sobre el cual otros jueces tomarán insumos para proferir sus decisiones.

Otro aspecto que centra la atención radica en la forma como se puede producir una decisión teniendo en cuenta criterios internacionales, por un lado, o nuevas circunstancias sociales o teóricas que permiten cambiar la linealidad con que se venía decidiendo sobre una cuestión en particular. Sobre el primero, Posner (2011) indica la desventaja que puede ser poner en palabras de los Jueces Constitucionales postulados de otros países, máxime si se desconoce la cultura de estos, así como la tradición que implica conocer el nombramiento de quienes administran justicia. Sin embargo, aclara la realidad de una práctica de cosmopolitismo judicial el cual influye en la tendencia de apoyar sus decisiones basados en casos similares fallados en países extranjeros; en todo caso, no se debe dejar de lado el siguiente aspecto:

a menos que el derecho sea razonablemente claro, de forma que pueda guiar a los jueces en su aplicación y proporcionar una base para controlar la conformidad judicial al derecho, los jueces necesariamente decidirán los casos atendiendo a algo distinto a los fundamentos legalistas. Serán los legisladores del país en vez de los siervos de la ley. (Posner, 2011, p.386).

Así visto, las tendencias globales de decisión judicial son muchas veces vistas como laboratorios donde se experimentan experiencias dictadas por otros jueces; aunque allí recae un problema y es, “tratar las decisiones judiciales extranjeras como si fueran decisiones autoritativas dentro de nuestro sistema y para dar respuesta a los casos que surjan, como si el mundo fuera una única comunidad jurídica” (Posner, 2011, p.385). Pero también se debe tener en cuenta, si realmente el sistema judicial interno es realmente cerrado, o da la posibilidad de instancias judiciales internacionales; lo que abriría la posibilidad de subordinar incluso a tribunales constitucionales a nivel interno traduciendo la seguridad jurídica en cuanto al tema de decisiones judiciales, en un sistema global garantista pero inestable al interior bajo el entendido de que un fallo internacional termine subordinando las instancias internas, resultando así mayor complejidad al momento de tomar una postura.

Finalmente, respecto del segundo aspecto en el entendido de la seguridad jurídica vista como la formalidad que cobijan los precedentes judiciales, en tanto a situaciones uniformes, se les daría el mismo tratamiento, Posner (2011) nuevamente intenta dar una explicación desde su experiencia, en donde, los jueces, más que tratar de formular un código, lo que hacen es decidir casos. De forma característica, lo que hacen al fundamentar una decisión es establecer una regla, con la esperanza de proveer una guía para casos futuros y de subsumir el caso bajo la misma. Pero no pueden ver el futuro con claridad, y ello en parte porque un sistema casuístico lleva a que el juez encuentre su atención en el caso que tiene entre manos. Las reglas necesitan entonces ser constantemente refinadas y reformuladas conforme van surgiendo nuevos casos. A veces son reformuladas como principios, otras emergen a partir de principios y en otras ocasiones adornadas con excepciones. (Posner. 2011, p.236).

Aparte de anterior noción explicada por Posner, aparece en Alemania un argumento un tanto similar bajo el entendido de lo explicado por Alexy, cuando explora no tanto el uso de los precedentes judiciales, sino la forma como éstos pueden cambiar bajo el entendido que no pueden ser estáticos cuando hay situaciones mediante las cuales existe la posibilidad de

cambiar la postura. Frente a lo antes mencionado el fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual. Con ello ciertamente se revela de una manera inmediata una de las dificultades decisivas del uso de precedentes: nunca hay dos casos completamente iguales. Siempre cabe encontrar una diferencia. Sin embargo, es importante tratar otro punto. Es posible que un caso sea igual a otro caso anteriormente decidido en todas las circunstancias relevantes, pero que sin embargo se desee de otra manera porque, entre tanto, ha cambiado la valoración de estas circunstancias. (...) En esta situación aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la *carga de la argumentación* a quien quiera apartarse. (Alexy, 2007, p.262).

Hasta aquí, ya se cuentan con insumos teóricos y discursivos que reflejan la serie de argumentos que han girado en torno a la seguridad jurídica, a través de la historia, sino además su migración al plano de las decisiones judiciales, en donde también conciben dicho instituto no sólo como una forma de evitar arbitrariedades bajo el entendido que nadie puede estar por fuera de la ley; adicionalmente se empieza a configurar la propia forma de comprender la seguridad jurídica, tomando en consideración los debates doctrinales en un plano constitucional. Así pues, lo que sigue ahora es explorar los enunciados sobre la seguridad jurídica en el plano judicial, para llegar a tener una noción de qué entienden los jueces puntualmente por dicho instituto.

C. La seguridad jurídica en sede Constitucional.

Puesto en escena todo el debate entendido desde las circunstancias y posibilidades teóricas que giran en torno a la seguridad jurídica, en donde se pasó desde su posible noción metafórica, para ponerle fin a las arbitrariedades políticas, para luego demostrar la manera como la noción de seguridad jurídica se traslada al plano judicial, y desde allí se empiezan a dar las características propias en donde se define en qué consiste ahora el discurso de seguridad jurídica. Ahora, y en lo que sigue, se examinarán algunas perspectivas desde el ángulo jurisprudencial para determinar en vía de sentencias qué han dicho los jueces por seguridad jurídica; para lograr tal cometido, se explorarán únicamente los enunciados que sobre el referido instituto haya indicado la Corte Constitucional colombiana.

Aunque como es de esperarse se parte de una posible tensión encontrada por el autor de la obra, *El Derecho de los jueces* quien encuentra en las decisiones de los jueces unos apartes simplemente retóricos, en el entendido que en algunas sentencias se citan otras decisiones que no influyen en nada en las consideraciones de las decisiones, a cuya consecuencia, se desborda el tema mostrando desconexión entre la idea del caso y su sobrecarga argumentativa (López, 2009).

Entendida así la posible situación a la que se llegue cuando se indague el tema conceptual de la seguridad jurídica, se explorará si tales enunciados son simplemente retóricos en el entendido que describen lo que es o será la seguridad jurídica, pero no que empleen tal instituto para tomar una decisión particular sobre un caso. Para empezar, se parte de una noción abstracta desde la cual se concibe a la seguridad jurídica como un instituto de valorativo, el cual permite tener certeza del Derecho mismo.

Ahora bien, para el sistema jurídico colombiano, la seguridad jurídica no se entiende como postulado expreso ni tácticamente reconocido en el ordenamiento superior; más bien, se concibe como una categoría abstracta elevada desde el discurso a la categoría de *principio*, en donde, su carácter fundamental es la prevalencia del interés general. Y de la misma manera como a un nivel histórico y doctrinal se había indicado los esbozos de la seguridad jurídica, al interior de la Corte Constitucional a partir de ésta se configura todo el orden público jurídico existente según lo preceptuado en la sentencia C-549 de 1993, cuya ponencia estuvo a cargo del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa.

Por otro lado, en los primeros fallos de tutela posteriores al año 1991, especialmente en la sentencia de tutela T-284 de 1994, se logran observar conceptualizaciones por lo menos en cuanto al contenido de la seguridad jurídica entendiéndola como una situación estable dentro de un ámbito social definido desde donde las consecuencias de las normas jurídicas estarían identificadas siendo éstas fácilmente identificables por cualquier sujeto. Pero a su vez, será tarea del Estado garantizar que dicha dinámica siempre subsista, de tal suerte, esa dinámica que se genera permite generar en el sujeto una certeza jurídica de cara a cada acto o situación

que traiga consigo una relación dentro de la órbita del sistema jurídico en cualquiera de sus escalas; así pues, se procurará evitar indeterminaciones respecto del contenido normativo

Lo anterior permite entender ese reconocimiento de la seguridad jurídica como principio, desde el cual se exigen unos presupuestos o condiciones a la normatividad, cuya finalidad es la proyección del propio sistema jurídico porque en todo caso se busca es que exista claridad en las leyes, evitando así la indefinición, pero a su vez auto referenciándose; de tal suerte que la persona sabrá por lo menos que desde el plano normativo cuenta con unas categorías de derechos encontrados de manera enunciativa permitiéndole a su vez, no solo disfrutar de sus derechos, sino además, en caso de una negación, exigir el goce de los mismos según lo indicado en la sentencia, T-284 de 1994, cuyo ponente fue Vladimiro Naranjo Mesa. Así visto, para la Corte Constitucional, la seguridad jurídica atiende a que las reglas estén definidas con anterioridad, al igual que las procesales; todo en aras de salvaguardar las garantías consagradas en la propia Constitución de 1991, porque en todo caso, se trata de llegar al ideal de justicia, el cual se entiende de una apreciación en conjunto de todos los preceptos superiores.

Un aspecto adicional para considerar se encontró en una sentencia de constitucionalidad del año 1995, pero más específicamente en la *aclaración de voto* desde donde se observa el ámbito de aplicación de seguridad jurídica en materia judicial, específicamente de las decisiones proferidas en sede Constitucional, por lo que éstas se esperan guarden sistematicidad cuando se trate de similares fallos; en otras palabras, aunque el sistema jurídico colombiano no está sujeto a una costumbre judicial de corte americano, se debe procurar al interior de ciertos temas tratados por los jueces constitucionales un deber de seguir lo dicho en decisiones anteriores permitiendo con ello la previsibilidad propia que la seguridad jurídica promueve, pero ahora en el plano de las sentencias. (Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1995, MP. José Gregorio Hernández Galindo).

Aunque aquí parece hacerse entrar en escena a otro componente teórico constitucional como es *el precedente*, no se abordará el mismo en aras de evitar desbordar el objeto del presente escrito; pero sí queda indicado entonces por la misma Corte Constitucional que

dentro de sus fallos, cuando se trate de casos similares, sí debe guardar coherencia teniendo en cuenta el impacto que traen las mismas decisiones en dicha sede porque en todo caso, se entienden como una expresión extensiva de la misma Constitución. Sin embargo, otra cosa resulta de cuando se hace *cambio de jurisprudencia*; en tal circunstancia, no se trata de un cambio de interpretación sin ningún efecto jurídico, ni tampoco pasar por algo arbitrario por la misma esencia que se debe conservar de la propia seguridad jurídica, en aras del respeto por el precedente.

Así visto, la seguridad jurídica es un referente abstracto del cual se predica incluso para la estructuración de precedentes y sus eventuales cambios porque en todo caso, toda decisión judicial que guarde analogía con casos similares apunta en todo caso a la prevalencia del interés general. Pero este respeto al precedente no indica por ello petrificar el derecho, sino más bien se exige un mínimo de argumentos para indicar las necesidades que surgieron para hacer cambio de precedente, entendiendo con ello que cada decisión judicial siempre se va a encontrar en un proceso dialéctico en donde confluyen tensiones de argumentación e interpretación jurídica. (Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1995, MP. José Gregorio Hernández Galindo).

Será más adelante en ocasión de lo que con posterioridad se denominó ley estatutaria de la administración de justicia, que la Corte Constitucional en su revisión de constitucionalidad, mediante la sentencia C-037 de 1996, entendieron en torno a la seguridad jurídica que debe entenderse como un principio que cobija el acceso a la justicia y todo lo que desde el simple enunciado se desprende, por lo que será deber del juez promover por la resolución de los conflictos cuando le llegue a su despacho. De hecho, dentro de la concepción del referido instituto, lo que debe prevalecer es el estricto orden de competencias y funciones que cada juez debe tener, no en vano, si un juez a su arbitrio se adjudicara calidades fuera del ámbito legal, incurriría en una fractura del ordenamiento jurídico, quebrantando así la propia seguridad jurídica; de hecho, la intromisión de competencias ha sido esa influencia absolutista que debe remover bajo cualquier circunstancia y más desde un modelo de Estado como el que pregonaba la Constitución de 1991. (Corte Constitucional, sentencia T-073 de 1997, MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

En otro escenario, cuando la Corte Constitucional se dispuso a realizar el acoplamiento jurídico de la Convención de Viena, de cara a la Ley 406 del 24 de octubre de 1997 que permitió la entrada al sistema jurídico colombiano de dichos contenidos, encontró oportuno realizar algunos esbozos en torno a la seguridad jurídica específicamente al entender ésta como una esencia que hace parte de todo el sistema jurídico, justamente al referirse sobre el artículo 27 la Corte encontró oportuno indicar que incluso el máximo tribunal de lo constitucional puede revisar por inconstitucionalidad tratados internacionales así se encuentren perfeccionados según la interpretación trabajada en la sentencia C-400 de 1998, bajo ponencia de Alejandro Martínez Caballero.

Tal como puede observarse, la Corte ha tenido diversas interpretaciones en torno a la seguridad jurídica, pero en todo caso, intentan explicarla como parte integral de todo el ordenamiento jurídico, desde donde puede articularse con otras categorías jurídicamente reconocidas, tales como, los principios. Más aún, la esencia misma de tal instituto refiere a que con anterioridad el propio Estado debe fijar las reglas para que el sujeto tenga certeza de las posibles consecuencias ante las posibles alternativas que traerá tanto su actuar como el de la administración; incluso, en materia jurisprudencial, específicamente hablando del precedente, la seguridad jurídica permea tales herramientas porque deben existir con anterioridad estándares mínimos sobre situaciones similares. Pero esto no queda ahí, incluso la Corte Constitucional ha establecido unas condiciones referentes a los particulares respecto de sus protocolos y órganos de decisiones cuando de afectar situaciones de los sujetos se refiere; entonces se convierte en obligación del Estado hacer respetar el principio de seguridad jurídica en el entendido de exigir que en todo caso existan instancias en relación con mecanismos de decisión según lo previsto en la sentencia de tutela T-466 del año 1999.

Cabe advertir además que la misma Corte Constitucional ha establecido que si bien el principio de seguridad jurídica orbita en todo el sistema jurídico, no por ello se puede aceptar que si alguien, amparado en tal instituto trasgrede garantías constitucionales, su acto tendría validez amparado dicha confusión; en todo caso desde ya se advierte una aclaración en torno a que la seguridad jurídica no se debe tomar como excusa para vulnerar derechos

fundamentales, también se presenta la tensión donde la seguridad jurídica debe dejarse de lado cuando esté en conflicto con la justicia material, por lo que será necesario dejar sin efecto la primera para garantizar la segunda. (Corte Constitucional, Sentencia C-1211 de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil¹).

Tal como se puede observar, el instituto de la seguridad jurídica empieza a ser moldeado y tratado en sede constitucional como preludio para después hablar del caso concreto, es decir, la seguridad jurídica es un enunciado latente en la actividad judicial, porque incluso, hace parte del mismo discurso retorico de las máximas de un Estado Social de Derecho; de ahí en algunas ocasiones la Corte ha entendido la seguridad jurídica como valor fundamental según lo manifestó en el Auto 232 del 2001, con ponencia de Jaime Araujo Rentería. En todo caso, bien sea que se emplee unas veces la seguridad jurídica como valor u otras como principio, lo cierto es que existen razones tanto históricas como jurídicas para dar por sentado que la seguridad jurídica prohíbe el cambio de las reglas de juego pactadas con anterioridad. (Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

Entrando a otro aspecto sobre el cual se puede encontrar un refuerzo de lo que es la seguridad jurídica se debe partir del hecho político que cuando se promulgan nuevas leyes por parte del poder legislativo lo que se hace con tal acto institucional es dar respuesta a partir de normatividad a posibles exigencias sociales; pero también es cierto que para la Corte Constitucional cuando se legisla sobre un aspecto específico, no se debe resultar regulando o incluyendo en tales disposiciones asuntos relacionados a otras materias. Por lo tanto, es válido afirmar que el principio de unidad de materia hace parte estructural del principio de la seguridad jurídica en el entendido de permitir la coherencia de las leyes y evitando la inclusión de otras materias. (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil).

Adicional a todo lo anterior se tiene que, mediante una providencia, se indicó que aunque la seguridad jurídica no está prevista en el ordenamiento colombiano de manera expresa, también se puede describir como valor que irradia el sistema jurídico desde se le exige a los

¹ En su aclaración de voto, la cual realizó como magistrado encargado Rodrigo Uprimny Yepes.

funcionarios públicos se sometan ellos mismos a los estándares normativos. (Corte Constitucional, Auto 096 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes). Por lo mismo, no sería válido incluso para la misma Corporación reabrir procesos cuando ya hayan tomado alguna consideración al respecto; de ahí que tales decisiones deban ser cumplidas en la forma como se indicó al resolver, lo cual no daría lugar tampoco para aclaraciones. (Corte Constitucional, Auto 058 de 2004, MP. Eduardo Montealegre Lynett).

Aunado a lo anterior, se puede observar que del 2004 a la fecha el principio de seguridad jurídica avanza en materia constitucional adhiriendo otros principios fundamentales como el de igualdad, confianza legítima, debido proceso, el precedente judicial como se anotó, sesgando la brecha entre estos, con lo cual se puede advertir una posición dogmática de avanzada en la que se observa que los fines constitucionales a partir de diferentes principios es brindar una seguridad suficiente al ciudadano en las decisiones adoptadas por la jurisdicción, por las entidades administrativas, por el legislador al momento de proferir leyes que inciden en el sostenimiento estructural y funcionamiento del Estado.

El principio de seguridad jurídica como lo ha venido desarrollando la Corte Constitucional se materializa en el carácter vinculante de las decisiones de las cortes de cierre, decisiones que tiene carácter vinculante para funcionarios judiciales como los que operan en sede administrativa y les asiste el control de legalidad.

Tal y como se lee en sentencia SU611/17² que “..., cuando el precedente judicial proviene de una alta corte, tiene una vinculatoriedad general sobre los demás órganos de la estructura jerárquica de la administración de justicia, y sobre las autoridades administrativas, quienes también están sometidas por el principio de igualdad y, por tanto, deben garantizar el derecho al mismo trato frente a la ley de quienes se encuentren en similares supuestos fácticos y jurídicos a los que ya han sido definidos por un órgano de cierre. *“Recapitulando, en desarrollo de lo previsto en las normas superiores aplicables, particularmente los artículos*

² Sentencia SU611/17 - Referencia: Expediente T-4867717 Acción de tutela interpuesta por Fidel de Jesús Laverde y María Dignora García contra la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

228 y 230 de la carta política, a la fecha es claro en Colombia el carácter obligatorio de la jurisprudencia de los órganos de cierre, esto es la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, deber que se entiende referido a la necesidad de tomar en cuenta los precedentes existentes y relevantes en relación con el tema de que se trate, en principio para efectos de seguirlos y aplicarlos, quedando en todo caso abierta la posibilidad de decidir en un sentido diferente, siempre que el juez o tribunal que así lo hiciere, o el propio órgano de cierre autor del precedente, justifique debidamente las razones del cambio”

Lo cual indica en este aparte que el activismo judicial llena los vacíos que quedan ante una administración de justicia trastornada por el sin número de interpretaciones muchas veces subjetivas que soslayan importantes principios fundamentales constitucionales como el debido proceso, el acceso a la justicia, la igualdad, entre otros ligados al buen funcionamiento del Estado frente a los particulares, pero que a través de las sentencias de unificación robustece la Administración de Justicia, sin dejar de lado las entidades que profieren actos en sede administrativa afectando seriamente derechos económicos de quienes son objeto de sus decisiones.

La importancia dada por los jueces constitucionales a las sentencias de unificación proferidas por las cortes de cierre se materializa como “...una exigencia orientada a que las decisiones judiciales estén guiadas por un parámetro de igualdad, lo que, a su vez, confiere seguridad jurídica a la aplicación del Derecho y permite que los usuarios de la administración de justicia puedan tener confianza legítima sobre las normas que regulan sus relaciones jurídicas”.

Para tales efectos, se cita la sentencia SU 072 /18³, en la se desarrolla el estrecho vínculo entre el principio de igualdad y seguridad jurídica en las decisiones judiciales el cual se encuentra en artículo 13 de la C.N., que comprende la igualdad formal o igualdad ante la ley, la prohibición de discriminación y la igualdad material que “*impone la adopción de medidas afirmativas para garantizar la igualdad ante las circunstancias fácticas iguales*”.

³ Sentencia SU072/18-Magistrado Ponente: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018). Los principios de igualdad y seguridad jurídica en las decisiones judiciales

Seguidamente reitera la alta Corte que la igualdad frente a las actuaciones judiciales involucra los principios de seguridad jurídica y debido proceso, los cuales son el punto de partida para lograr que los ciudadanos accedan a un esquema jurídico realmente cohesionado. Lo anterior, desde el punto de partida de la norma en sin dejar de lado las decisiones judiciales que deben ofrecer garantías de certeza y uniformidad, ya que el principio de la seguridad jurídica lleva consigo la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos ya que de este modo podrá el ciudadano identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe y permite.

De igual forma, es importante señalar que en la presente sentencia la Corte Constitucional hace extensivo el alcance de la seguridad jurídica a otros principios que a su juicio la nutren a partir de las decisiones judiciales desde un aspecto subjetivo, ya que esta relacionada con la buena fe a partir del principio de la confianza legítima, lo cual traduce que el Estado, las personas y los particulares *“no serían sorprendidos con actuaciones que analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico pero que al compararlos resulten contradictorias”*

De otra parte, en Sentencia T-360/18⁴, se desarrolla la interrelación entre el precedente, la igualdad, la buena fe (entendida como confianza legítima) y la seguridad jurídica, que incorpora elementos sustanciales tales como el resolver casos iguales o análogos de manera diferente contraría el derecho fundamental a la igualdad. De otra parte, el principio de buena fe *“incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en caso concreto sus efectos usuales, es decir, los mismo que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos, criterios a partir de los cuales se fundamenta la confianza legítima”*.

⁴ **Sentencia T-360/18** - Referencia: Expediente T-6.604.110 - Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección Social (UGPP) - Demandados: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B y otro Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de Agosto de dos mil dieciocho (2018)

Finalmente, como se mencionó anteriormente, el principio de seguridad jurídica actualmente se incorpora en el análisis de constitucionalidad de normas tributarias como se lee en sentencia⁵ C-304/19, en donde la alta Corte incluye la seguridad jurídica en relación a los contratos de estabilidad jurídica, el cual opera como: “(i) *la certeza del derecho positivo que le es aplicable a los contribuyentes, en relación con cada hecho generador de un tributo;* (ii) *en la confianza de que el actuar de la administración pública se sujeta al principio de legalidad;* y (iii) *en la previsibilidad de los efectos que se derivan de la aplicación de las normas tributarias*”.

Se advierte en la sentencia que el mandato en estudio se relaciona de forma directa con los principios de irretroactividad y de confianza legítima, que actúan como mandatos orientadores del sistema tributario, pero la variabilidad de la legislación fiscal, sometida a permanentes cambios dificultan su conocimiento, aunado al valor que para el contribuyente existe en la previsibilidad del tributo, en especial, en lo que refiere a la planificación de actividades económicas, ha llevado al legislador a crear nuevas instituciones, que permiten el desarrollo de una dimensión complementaria en la aplicación del principio de seguridad jurídica.

Una de tales instituciones son los contratos de estabilidad jurídica, que, si bien fueron derogados con el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012, hoy en día siguen vigentes, únicamente en lo que corresponde a aquellos que se suscribieron con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma.

Sostiene que a través de este negocio el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban que, si durante su vigencia se modifica en forma adversa a alguna de las normas que hayan sido identificada por ellos como determinantes de la inversión, tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas disposiciones, por el plazo de duración del respectivo

⁵ Sentencia C-304/19 - Referencia: Expediente D-12811 - Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 de la Ley 1819 de 2016, “*Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.*” Demandante: Lucy Cruz de Quiñones - Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ - Bogotá DC, diez (10) de julio de dos mil diecinueve (2019)

contrato. Así las cosas, uno de los requisitos formales de este acto jurídico es que debe indicarse de manera expresa y taxativa las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas claves y determinantes en la inversión.

Reunidos los requisitos exigidos legalmente, los contratos empezaban a regir desde su firma y permanecerán vigentes durante el término de duración establecido en el contrato, el cual no podrá ser inferior a tres años, ni superior a 20.

Lo anterior, traduce según el análisis que hace la honorable corte que, en materia tributaria, quienes hayan suscrito este negocio jurídico serán beneficiarios de un régimen de estabilización fiscal, protegiéndoles de la permanente variabilidad de sus normas, en desarrollo del principio de seguridad jurídica.

Hasta aquí se puede entrever que para el máximo tribunal de lo constitucional la seguridad jurídica es entendida de diversas maneras, esto es, unas veces como principio, otras como valor, en algunas ocasiones como una noción inherente al propio ordenamiento jurídico, pero lo que sí queda por sentado es que es reconocida la seguridad jurídica desde la misma esencia de aquella noción inicial indicada en la Constitución Política de 1991. Entonces, la seguridad jurídica será garantista si el esquema constitucional lo es, por lo que el resto de la estructura normativa debe guardar sintonía con los mismos preceptos; por lo mismo, cuando se trata de una concepción jurídica de influencia globalizada, muchos factores entran en juego: Derechos Humanos, bloque de constitucionalidad sistema jurídico local y Constitución. Será a partir de tales prerrogativas que fácilmente los jueces pueden dejarse influenciar por tendencias transnacionales que promuevan la protección de derechos esenciales que también corresponden a la órbita misma de la decisión judicial misma.

Entonces, cuando se habla de seguridad jurídica desde el plano constitucional, puede observarse que la noción histórica con la que se concibió la seguridad jurídica, también para el entendido de Posner (2011) los jueces pueden limitar la arbitrariedad del Poder Ejecutivo, lo cual, lleva a sospechar que tratándose de la órbita del derecho administrativo, la seguridad

jurídica también se encuentra presente, máxime si se exige antes que nada que toda actuación debe estar reglada antes de poder modificar el mundo fenomenológico de los administrados. Incluso, haciendo una extensión más allá de la legalidad y motivación con la que deben proferirse los actos administrativos, se encuentra también que, desde la administración, en materia contractual, se pueden dar circunstancias que permiten hacer una revisión sobre si la seguridad jurídica se extiende hasta tales dinámicas.

IV. PROPOSICION E INTERPRETACION DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN CLAVE CONTRACTUAL

A. Movimientos argumentativos para entender la seguridad jurídica desde la contratación estatal

Partiendo de una noción básica que a la vez se constituye en una frase común en donde se habla comúnmente que lo pactado obliga a quien lo suscribe en las condiciones acordadas, haciendo una abstracción sobre los contenidos o clausulados que componen un contrato, se entendería que, en éstos, las partes se obligan a respetar lo registrado en los distintos artículos que componen su negocio jurídico. Y quizá también es conocido que los límites fijados por el legislador ante la autonomía de la voluntad refiriéndose a tales contratos, tienen que ver con la alteración del orden público, así como las buenas costumbres.

Otra forma de entender lo anterior se encuentra en lo manifestado por Parra (2018) cuando cita al Burton quien entiende que “el derecho contractual consiste en crear mundos imaginarios y paralelos al mundo real porque las partes celebran un contrato que crean con estipulaciones y desde ahí se comprometen” (p.83). Y empleando la misma dinámica de creación, ambas partes que se obligan fijan sus parámetros de interpretación, porque en todo caso, “quienes negocien contratos, ajusten las cláusulas e interpreten lo pactado cuando haya algún *impasse* en la ejecución contractual, conciban su trabajo como leyes para quien las acepta el artículo 1602 del Código Civil” (Parra, 2018, p.84).

Así las cosas, la modalidad contractual tiene dos aspectos: el primero, consiste en elevar a la categoría de principio lo preceptuado en el artículo 1602⁶ del Código Civil; la segunda, corresponde a emplear una hermenéutica en donde “se adopta la teoría *subjetiva* de la interpretación, según la cual se prefiere interpretar el contrato de conformidad con el significado compartido que las partes le asignaron al lenguaje contractual para desentrañar las ambigüedades, indeterminaciones y otras dificultades” (Parra, 2018, p.85). En otras palabras, se pretende ir tras la huella de la intención que motivó a los contratantes en la etapa precontractual, la cual está en consonancia con las disposiciones que para tales efectos trae el artículo 1618 al 1624 del Código Civil colombiano.

Aun así, hablar de interpretación de contratos implica romper con esa tradición reconocida en donde al imperar el referido principio de la autonomía de la voluntad, parecía permitir atropellos justificados jurídicamente, en el entendido que se trataba de sustancias jurídicas aceptadas y pactadas, en principio por extremos contractuales que sabían medir y comprometerse con los instrumentos que pactaban; en otras palabras, al contrato no se le interpretaba, sino se aplicaba. En todo caso, los estudios de la interpretación de los contratos han venido teniendo acogida en el plano judicial, y se refuerzan según el modo constitucional propio de cada sistema jurídico, de ahí que, para Vigo (1999), “la perspectiva del intérprete debe ser jurídica [y además], requiere que la materia enfocada sea una realidad jurídica” (p.147).

Es por lo anterior que, para interpretar un contrato, debe existir una apreciación directa sobre la norma que regulará en caso de diferencia el tema contractual; de ahí que “al estudiar la cuestión, no se debe perder de vista que el objeto material no es nada más ni nada menos que una norma jurídica, aunque de características especiales que la distinguen de otras normas jurídicas” (Vigo, 1999, p.147). Quizá en este punto se pueda entender cómo se vuelve a lo exegético de la norma; entonces, la seguridad jurídica en materia contractual apunta primero a la revisión no tanto de verificar la autonomía de la voluntad, sino más bien, el

⁶ **Artículo 1602. los contratos son ley para las partes.** Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

conocimiento de la norma que permitió o facultó algunos contenidos o que permiten la revisión de la cosa misma. Así, “la regla *iuris* no es propiamente el derecho sino su *razón*, medida de lo justo, y en consecuencia prescribe la obligatoriedad de la conducta que debe igualar esa deuda estricta bajo la posibilidad de obtenerla por medio de la coercibilidad” (p.148).

De la anterior apreciación, se entiende que, tratándose de materia contractual, y ante la inevitable creación de diferencias, el juez, antes que nada, debe ser conocedor de la norma y desde el análisis que haga; porque la extensión que haga sobre la misma expondrá lo que se deriva de ella, es decir, recordará las conductas que otrora la norma ha fijado. Así, desde la doctrina, y tomando como criterio el estipulado por Vigo (1999), quien deba enfrentarse a la interpretación de un contrato debe indagar sobre abstracciones, especialmente sobre intentar interpretar a qué querían llegar las partes a partir de lo pactado en el contrato (p.151).

Si se toman como pautas los anteriores interrogantes, se puede entrever a simple vista dos aspectos: el primero, en que la norma jurídica en estricto sentido, será el criterio orientador para que el juez pueda determinar si la configuración contractual terminó trasgrediendo o generando un desequilibrio en el contrato, lo cual implica su revisión; segundo, si dentro de lo que establecieron las partes, emergieron nuevas circunstancias que dan lugar a un pronunciamiento para volver a equiparar las cargas contractuales, y con ello, establecer el equilibrio entre los contratantes. Ahora bien, si se toman los insumos arriba descritos que ayudan a configurar la seguridad jurídica, se puede concebir que tal comportamiento del juez, a diferencia del constitucional que busca una abstracción de la seguridad jurídica, aquí, se apuntala a su otro extremo, esto es, tener presente y como criterio orientador lo dicho por el legislador; pero a su vez, entre todo el andamiaje normativo, aparece con ello y se recordará la primera parte del escrito, el limitar el poder del Estado cuando llegan a acontecer circunstancias que dentro de su ejercicio alteran algunas situaciones contractuales.

Válido sería entonces entrar a mirar tales circunstancias sobre un escenario concreto, es decir, dentro de la órbita del Derecho Público colombiano, puntualmente, en lo que respecta al tema de los contratos estatales. Así entonces, se tiene que, tratándose de materia contractual

estatal, éstos tienen varias etapas a decir, esto es, la precontractual, en donde es aquel momento en que se va formando el contrato, la fase contractual, en donde él mismo entra en ejecución, y, finalmente, la etapa de finalización y liquidación del contrato. Es justamente en la etapa de ejecución del contrato, siguiendo lo dicho por Rodríguez (2009) en donde se empieza a desarrollar cada estipulación configurada en el clausulado del contrato.

Sin embargo, como en todo contrato, pueden surgir situaciones que terminan generando un cambio que finalmente afecta la ejecución misma del contrato estatal; y desde tal situación, se altera aquel equilibrio contractual que en la etapa precontractual se había delineado. Generada tal circunstancia, la parte afectada puede buscar los mecanismos jurídicos para lograr reestablecer la armonía que en algún momento se perdió porque en todo caso, se pudo haber perdido la reciprocidad de las retribuciones; nuevamente aquí se encuentra otro movimiento que hace la seguridad jurídica, porque en todo caso, si lo que se busca es respetar lo jurídicamente preestablecido, la seguridad jurídica deja de hacer abstracción y desde la órbita del saber propio del Derecho Administrativo no sólo empiezan a crearse apreciaciones para restablecer lo pactado en el contrato, sino además, el propio sistema jurídico *ex ante* debió establecer tanto en el procedimiento como en la norma sustancial en materia contractual, cómo y cuándo acudir ante el juez administrativo.

De tal suerte, aparecen una serie de apreciaciones teóricas que buscan promover por la protección y el restablecimiento de lo alterado; así, Marienhoff (1998) consideró que cuando una relación contractual es alterada, tiene como consecuencia una afectación al equilibrio financiero del contrato, por lo que, no debe perderse de vista cómo, entre las partes, que decidieron obligarse por unas cláusulas, surge “un conjunto de obligaciones consideradas equivalentes” (p.452). Así visto, se acepta desde la concepción de Laubadere & Gaudemet (2001) que en los contratos prevalece una igualdad en cuanto las partes no sólo se reconocen entre ellas, sino, además, se ponen limitaciones recíprocamente; así al momento de un desacuerdo, el equilibrio pactado se resquebraja posibilitándole a la parte afectada buscar las vías para recuperar lo alterado. (p.706).

Hasta aquí, lo que se puede observar es que los autores citados apelan no sólo a que se reconozca aquello que generó seguridad sobre lo que en su momento terminó configurando un contrato estatal, sino, además, se arregle aquel desequilibrio. De esta forma, se ha venido trabajando de tiempo atrás distintas nociones que buscan dar respuesta cuando el equilibrio de los contratos se inclina hacia uno de los extremos contractuales; así puede sintetizarse que cuando la ejecución del contrato se altera puede darse en ocasión a:

los actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes; el primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por este, en la modalidad de ley o acto administrativo (hecho del príncipe); por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato. Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, CP. Ricardo Hoyos Duque. Expediente 14.577).

Es así como dentro de la órbita del Derecho Administrativo, más específicamente en materia contractual se han configurado teorías en donde se busca establecer un límite a la actuación del Estado, porque en todo caso, en materia contractual-estatal, uno de sus extremos resulta ser un sujeto jurídico con mayor poder para modificar las condiciones contractuales, esto es, el propio Estado. Y por lo mismo que su actividad puede variar según atienda a necesidades propia del ejercicio de su actividad estatal; en todo caso, esas actuaciones pueden tener repercusiones en lo mismo que éste sujeto público se obliga de ahí que:

ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, CP. Ricardo Hoyos Duque. Expediente 14.577).

Justamente dentro de la anterior argumentación trazada por el Consejo de Estado se encuentra coherencia discursiva en cuanto a las nociones de seguridad jurídica trabajadas en los anteriores apartados, porque en todo caso, se podrá recordar cómo uno de los fines del

propio instituto de la seguridad jurídica es establecerle unos límites a la actividad estatal, lo cual abarca también lo contractual-público. Así, se reconoce desde lo contencioso judicial la preponderancia por un ordenamiento jurídico estable, lo cual iría en el mismo sentido de las razones tanto históricas como teóricas abordadas con anterioridad, porque en todo caso, no se trata a simple vista de cumplir los términos de los contratos cuando desde la facultad estatal, desde su actuar, se pueden alterar algunas circunstancias, que a la final tienen repercusión en la ejecución del contrato.

Con ello, la seguridad jurídica, desde la perspectiva de lo contencioso administrativo, empieza a concebirse como aquel discurso que describe las circunstancias mediante las cuales, se debe volver al equilibrio contractual cuando en la ejecución del contrato mismo se ha alterado la forma inicial. Ello no quiere decir que se deba dejar de lado la noción misma de contrato estatal, sino todo lo contrario, debe reconocérsele a éste que, en todo caso, las disposiciones que crean o configuran un negocio jurídico, se apoyan en un marco normativo, en donde existen unos parámetros legales fijados con anterioridad.

Sin embargo, aunque existe una posibilidad para el contratista en cuanto puede alegar el desequilibrio del contrato tal como se indicó en el párrafo que antecede, también es cierto que en lo que corresponde al contratante, esto es, la parte Estatal propiamente referida dentro de un contrato tiene éste unas prerrogativas que le permiten modificar las situaciones. Luego, en materia contractual, y para la jurisdicción desde lo contencioso administrativo, existe una legitimidad que desde la ley se le designa al Estado para determinar ciertas condiciones cuyo impacto puede recaer sobre el contrato mismo; así lo ha entendido la máxima jurisdicción de lo contencioso administrativo:

el contrato estatal, entendido éste, como negocio jurídico de la Administración para el cumplimiento de los fines del Estado, esto es, un acto bilateral en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o como acuerdo entre ellas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica (artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio), previsto actualmente en los artículos 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 8 del Decreto 679 de 1994, si bien como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “*lex contractus, pacta sunt servanda*”, o sea, el contrato es ley para las partes (art. 1602 de C.C.), se encuentra también cimentado en el principio de mutabilidad, según el cual el contrato de la Administración

puede sufrir cambios dadas la exigencias del orden público y el interés general. Además, está sujeto al ejercicio del poder de dirección, control y vigilancia de la Administración para su cabal cumplimiento, en el entendido de que el contratista es un colaborador suyo, en el logro del cometido estatal que se busca con la contratación.

Así, en tanto los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.), la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), bajo el principio de legalidad, en desarrollo del interés general y en ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.), se justifica que tengan una gama variada de prerrogativas de control, dirección y coerción para su consecución, toda vez que a ellas no le es permitido desligarse de la forma cómo los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, CP. Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 17.031).

Bajo los anteriores presupuestos, queda aún entendido que, en materia contractual, por más que el mando o la preponderancia del Administrador sea una potestad propia del Estado, éste cuando por más que mediante negocios jurídicos se obligue, puede modificar ciertas circunstancias. Porque en todo caso, no debe dejarse de lado que la Administración, cuenta con una serie de privilegios, que le permiten ejercer ciertas disposiciones desde la misma órbita contractual, dentro de las cuales se encuentran, entre otras, imponer alguna situación de incumplimiento, establecer sanciones; de tal suerte, García & Ramón (2004) entienden que dicha facultad proviene justamente de la propia autotutela. (p.697).

Cada una de las anteriores tensiones reflejan dos circunstancias a saber: por un lado, la posibilidad que el contratista pueda pedir en sede judicial, la revisión de la situación contractual ante un desequilibrio, económico del contrato; y aunque existen unas condiciones ya decantadas para que prospere a favor del contratista las pretensiones de revisar el equilibrio del contrato, en todo caso, siguiendo lo dicho por Rodríguez (2009) no toda controversia reclama un pronunciamiento judicial, más que todo cuando no son atribuibles a la parte que se le endilga el reproche.

En todo caso existen acciones legales denominadas por el sistema jurídico contencioso colombiano *controversias contractuales* establecidas en la Ley 1437 del año 2011, en su artículo 141 y 164, numeral 2º, esto es, existe certeza y claridad jurídica para poder pedirle

al juez administrativo que revise las diferencias se hayan podido generar. Por otra parte, se encuentra la tensión que se genera partiendo del reconocimiento o la facultad del Estado para modificar situaciones, llamados así poderes exorbitantes, entendidos como:

facultades regladas que emanan del poder público y se originan en la ley, con fundamento en las cuales la Administración puede dirigir, controlar, interpretar, modificar, terminar, sancionar y caducar, en forma unilateral, el contrato, los cuales deben ejercerse mediante actos administrativos motivados, de conformidad con un procedimiento establecido y dentro de ciertos límites fijados por el orden jurídico. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, CP. Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 17.031).

Pero tales facultades no se pueden decir en ningún momento que son al arbitrio de la administración; queda claro por la propia jurisprudencia cómo tales prerrogativas tienen carácter legal en razón a que es bajo legalidades definidas que faculta a la Administración para ejercer tales actos. De ahí que, si en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las excepciones en la misma norma previstas, (...) se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, CP. German Rodríguez Villamizar. Expediente 14.579).

Tomando como referentes los anteriores extractos jurisprudenciales, se puede observar cómo el Consejo de Estado también hace abstracción de lo que es la seguridad jurídica. De ahí que por más facultad o poderes excepcionales con los que pueda contar la administración, siempre se requiere de una disposición normativa, así como unas exigencias que justifiquen

su actuar para poder alterar el contrato, so pena de revisión en sede judicial; es por lo anterior que, revisando el marco normativo de la contratación estatal, específicamente en sus artículos 15 al 19 se establecen disposiciones con las que cuentan los contratos estatales, y aunque no se transcriban en el documento mismo, en todo caso, se entienden pactadas.

Entonces, la seguridad jurídica desde este ámbito de aplicación justifica por otro lado la órbita de lo público, para disponer de la vigilancia del contrato; pero la su vez se crea una excepción a la libertad contractual entendida como esa facultad para negociar o no aceptar determinadas cláusulas. Lo anterior en razón a que, en aras del interés general, puede y debe la Administración imponer determinadas situaciones sobre los contratos estatales como las arriba indicadas. También, cada una de esas facultades que se le conceden al Estado en materia de contratación, orbitan dentro del ámbito de la seguridad jurídica interpretadas como situaciones que se encuentran regladas; por lo mismo, de presentarse un desbordamiento de tales facultades, se estaría actuando por fuera de la legalidad misma, lo cual daría lugar a que la parte afectada acuda en sede judicial a una revisión de la controversia contractual generada en ocasión a ese acto.

Con todo, si se parten de los anteriores esbozos, puede afirmarse que la seguridad jurídica permite no sólo unas concesiones a favor del particular que decide ser parte de un contrato estatal; también aparecen unas facultades a favor de la Administración. Pero en todo caso, nadie puede desbordar los límites que la propia legalidad ha fijado, lo cual permite volver a las concepciones teóricas e históricas con las que se inició el presente escrito. Así, y ya para finalizar, se hace necesario concluir que para el Consejo de Estado la seguridad jurídica, se presenta en vía de interpretación de los contratos.

B. Breve análisis de como desde lo Contencioso Administrativo se concibe la seguridad jurídica

Si bien se ha tratado en el apartado anterior la aplicación de seguridad jurídica como abstracción derivada de la manera en que el Consejo de Estado da aplicabilidad a teorías que desde el Derecho Administrativo se han desarrollado a lo largo de densos debates, sí se

encontró por lo menos en cuanto a su finalidad, que la aplicabilidad de la seguridad jurídica sí obedecía a las posturas trabajadas por la doctrina y esbozadas en la segunda parte del presente artículo. Entonces, queda hacer una revisión sobre cómo los Consejeros de Estado, ha entendido la seguridad jurídica como tal; es decir, no se hará en este apartado final una abstracción sino se buscará literalmente qué se ha dicho para determinar, cómo concebirla en sede de revisión de lo Contencioso Administrativo.

Lo anterior permitirá observar si la seguridad jurídica es entendida al igual que en la Corte Constitucional, esto es, como un principio, algo abstracto del propio sistema jurídico, entendido como valor, o si tiene una significación propia que, a su vez, sea constante. Empezando entonces con algunos rastreos jurisprudenciales, se tiene que la seguridad jurídica es empleada como una referencia para hacer alusión a algunas disposiciones que el legislador ha previsto; entonces será común que los términos para ejercer alguna acción, no quede al arbitrio de los administrados o de lo que disponga un juez, sino que tal enunciación resulta necesaria que sea taxativa justamente para generar un tiempo uniforme para todo aquel que acuda ante los jueces administrativos. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de octubre de 2019, CP. María Adriana Marín. Expediente 46.039).

En el mismo sentido también se encuentra en otro fallo bastante similar que, tratándose de un instituto jurídico como es el término de la caducidad, no debe quedar ésta a la discrecionalidad de los sujetos, sino que se deben ser coherentes en respetar las disposiciones fijadas por el legislador porque es desde las disposiciones traídas en la ley que quienes buscan demandar, deben conocer de los términos que existen para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De tal suerte, corresponde a la parte que se sienta afectada tener presente los términos legales para formular sus reparos vía demanda (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2019, CP. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente 50.479).

Así visto, la seguridad jurídica se puede afirmar que es tenida en cuenta por el Consejo de Estado desde la perspectiva procesal de seguir lo dicho por el legislador, por lo que, cuando se le cita de manera textual, es para hacer referencia a algún aspecto normativo. Pero también

en ausencia de pronunciamiento táctico por parte del legislador, y moviéndose dentro del mismo sistema jurídico, la Corporación ha creado en su jurisprudencia reglas relativas particulares para atender a situaciones procesales, tal como sucedió con el tema de la acumulación de procesos:

si bien la regulación establecida en el CPACA para el control inmediato de legalidad no prevé la posibilidad de acumular procesos, lo cierto es que, según la remisión del artículo 306 del CPACA, la procedencia de la acumulación debe analizarse, en lo que resulte compatible, a la luz del artículo 148 del CGP, pues, aunque, en estricto sentido, en el control inmediato de legalidad no existen partes demandante y demandada, así como tampoco hay pretensiones principales y subsidiarias, es procedente la acumulación en procesos en los que exista conexidad en los actos sometidos a este mecanismo.

Dicho de otra manera: la acumulación procesal es procedente, en virtud [también] de la seguridad jurídica, para que en una sola sentencia se examine la legalidad de actos en los que existe conexidad y unidad de materia, como es el caso en los que, por ejemplo, existe un acto que se limita a extender o prorrogar los efectos jurídicos de una decisión ya adoptada por la administración. (Consejo de Estado, Sala Trece Especial de decisión, sentencia del 29 de mayo de 2020, CP. (E): Julio Roberto Piza Rodríguez. Radicación: 2020-01931-00(CA))

Y al igual como en la Corte Constitucional cuando en su oportunidad se refirió a la seguridad jurídica dentro del respeto a los precedentes judiciales dictados por ellos mismos, el Consejo de Estado hace lo propio al tratar sobre la aplicación de extensión de la jurisprudencia, en donde, invoca a la seguridad jurídica como un principio, el cual, no solo permite la estabilidad del sistema jurídico, sino, además permite la garantía a los ciudadanos en cuanto sabrán cómo a casos similares, se les dará la misma respuesta. Entonces, el recuerdo de decisiones anteriores es facilitado entre los mismos Consejeros de Estado no sólo en razón de consolidar sus fallos, sino también para darle aplicabilidad a la propia seguridad jurídica, sólo como enunciado, tal como se encontró que lo hacen de manera expresa en algunas de sus decisiones, cuando indican, que hay criterios de interpretación que en todo caso deben guardar uniformidad con sus pronunciamientos anteriores. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2017, CP. Hernán Andrade Rincón. Expediente 57.785-A.).

De esta forma, se puede concluir que, para el Consejo de Estado, y tal como se puede apreciar en el apartado anterior, la seguridad jurídica como tal no entran a definirla porque la sumen dentro del ordenamiento jurídico desde la simple apreciación normativa, procesal, pero también, cuando llega a ser necesario, interpretan el ordenamiento para dar respuesta desde sus sentencias a alguna situación que no haya podido ser prevista por el legislador. Entonces se entiende que, tratándose de lo Contencioso Administrativo, más que definir o desarrollar la seguridad jurídica como concepto, lo que hacen los Consejeros de Estado es darle aplicabilidad porque lo asumen como ya definido, por lo tanto, evitan no darle elasticidad a la seguridad jurídica sino llevarla a cabo según la finalidad propia que históricamente se ha venido construyendo a lo largo de su desarrollo.

Así, la seguridad jurídica como identidad abstracta tiene una función en el entendido que sus supuestos son numerosas postulaciones tendientes para proteger el ordenamiento jurídico, así como fijar límites o corregir alguna extralimitación de poder. Entonces, dicha inserción se aplica por extensión a los contratos estatales tal como quedó analizado, porque incluso, por más que se empleen teorías ya trabajadas, en esencia, éstas buscan promover el respeto a lo pactado, o si toca ejercer una revisión sobre alguna circunstancia que alteró el contrato, deben procurarse unos límites en donde no se tome ventaja para ningún extremo.

En efecto, se advierte que al revisar los pronunciamientos de la sección tercera del Consejo de Estado solo aparece una decisión de unificación relativa al *cumplimiento de fallo de tribunal de justicia de la comunidad andina – anulación de laudo arbitral*, lo cual por su naturaleza supera la intención de esta investigación toda vez que se analiza a manera de esbozo la seguridad jurídica y los contratos estatales desde el punto de vista administrativo.⁷

Ahora bien, frente a la problemática que nos ocupa los elementos inherentes al contrato como lo son las cláusulas contractuales, el equilibrio económico, la caducidad y otros

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA
Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., nueve (09) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00018-00(43195) - Referencia: CUMPLIMIENTO DE FALLO DE TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA – ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

aspectos que hacen parte generalmente del derecho que rige los contratos estatales ya sea sustancial o procedimental NO existe Sentencia de Unificación que refleje un contenido estricto de interpretación normativa relacionada con los contratos atendiendo la exigencia del principio de seguridad jurídica a través de la unificación de pronunciamientos en esta alta corte, lo cual demuestra que hay un camino largo que recorrer para fortalecer este principio desde su sentido natural y conceptual como se ha ilustrado a través de la presente investigación, situación que es de alta importancia en el entendido que el recurso extraordinario de extensión de jurisprudencia reglado en la reforma al CPACA en materia contractual queda en la intención del legislador sin posibilidades de que sea eficaz para resolver las discrepancias que se suscitan alrededor de la gestión contractual.

Conclusiones.

Quedó demostrado a partir de un recorrido histórico, cómo a partir de un pensamiento típico de la época de la Modernidad, se lograron sentar las bases que justificaran no sólo el nacimiento de los Estados nación sino la subordinación que éstos llegarían a tener al estar sujetos a la premisa del Derecho como fundamento de legalidad. El que la forma de Estado de Derecho tuviera presente la premisa de legalidad, viene a brindar el primer sustento argumentativo para decir que de ahí se nutre la seguridad jurídica si se tiene en consideración, que, con los procesos de tecnificación y abundante complejidad dentro del mismo progreso social, empezaron a proyectarse una serie de códigos o reglas particulares para definir situaciones.

Pero hubo un momento en que el mismo Derecho vino a quedarse corto ante los procesos de industrialización y tecnificación; allí, era necesario atender a las nuevas coyunturas sociales, políticas, así como la nueva gesta de derechos, para lo cual, se pudo evidenciar, cómo sin perder su esencia, la *seguridad jurídica* empieza a nutrirse de otras herramientas como es la vía judicial para reafirmarse como elemento funcional del sistema sin la rigidez legal que en un momento justificó su nacimiento. Es de esta manera como queda resuelta la pregunta con la que se inició el presente escrito.

Es de anotar que, para llegar a la anterior respuesta, y lo que permitió a la vez llegar a ella fue la descripción de todo el recorrido teórico e histórico realizado el cual permitió mostrar a medida que se avanzaba que la seguridad jurídica depende de otros elementos para poder servir al sistema jurídico. Todo esto permite en un primer momento llegar a entender a nivel constitucional cómo los sistemas constitucionales tienen presente la seguridad jurídica tanto en su estructura como en su función; pero también se abre paso a la intención como a la contextualización.

En el mismo sentido se reflejaron las distintas apreciaciones teóricas en donde se reflejan diversas dialécticas en torno a la seguridad jurídica en el campo constitucional, al ser éste el escenario donde mayormente se dan debates en torno a diversas cuestiones, pero en donde, la mayoría parecen concluir en feliz término argumentativo cuando se justifica su finalidad en aras de ser garantista. Aunque también se puede comprender cómo la seguridad jurídica no tiene representación normativa de manera expresa; a simple vista se observa que es una expresión muy común tal como se indicó al comienzo, en donde muchos hablan de ella, pero por la misma abstracción que proyecta, ha sido difícil poder enmarcarla como al principio se pensó.

Y la opción de justificar ese comportamiento en torno a la seguridad jurídica obedece a un hecho que, desde la historia, como en las tensiones teóricas, e incluso desde la órbita jurisprudencial se encontró, que se expone la seguridad jurídica como premisa que irradia el sistema jurídico en su manera más general de comprenderla. De ahí que sea fácil seguirle un rastro en materia de decisión judicial cuando la emplean como razón que refuerza la parte considerativa de aspectos mucho más específicos.

Por lo anterior, haciendo el rastreo de distintas sentencias, se encontró la manera como empleaban la seguridad jurídica al tratar de entenderla como valor, después exponerla desde la categoría de principio; y desde ahí proyectarla sobre aspectos más centrales como sería en materia legislativa, judicial, pero también se refleja la tensión ante posibles controversias cuando la seguridad jurídica entra en colisión con otro tipo de principios fundamentales. Con todo, parece que la seguridad jurídica significa mucho desde una forma de Estado desde su

configuración Social de Derecho, porque en todo caso, aunque prevalecerá el interés general, los jueces cuentan con la facultad de poder cambiar una decisión sobre un contexto específico bajo la condición teórica y jurisprudencial de argumentar los motivos que llevaron al juzgador a tomar otra alternativa a la ya trabajada con anterioridad, sin dejar de lado las reglas especiales sobre la interpretación de los contratos contenida en el ordenamiento civil colombiano, las cuales se espera sean las primeras condiciones por agotar cuando de existir una controversia contractual se trate.

Referencias Bibliográficas.

- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. (Trad. Jorge M. Seña). España: Gedisa Editorial.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. (Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo). España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (2019). *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*. Madrid: Editorial Trotta.
- Atria, F., Bulygin, E., Moreso, J., Navarro, P., Rodríguez, J., & Ruíz, J. (2005). *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- Arango, J. (1999). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*. Colombia: Siglo del Hombre Editores - Ediciones Uniandes.
- Becker, H. (2012). *Outsiders hacia una sociología de la desviación*. (Trad. Jaime Arrambide). Argentina: Siglo XXI Editores.
- Brehier, E. (1962). *Historia de la filosofía, Tomo tercero*. Buenos Aires: Editorial Suramericana.

- Bobbio, N. (2010). *El problema del positivismo jurídico*. (Trad. Ernesto Garzón Valdeés y Rodolfo Vázquez). México: Distribuciones Fontamara S.A.
- Bonilla, D. (2009). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Colombia: Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes Pontificia Universidad Javeriana Instituto Pensar.
- Bulygin, E. (2005). *Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales s.a.
- Bunge, M. (2008). *Semántica I. Sentido y referencia*. (Trad. Rafael González del Solar). España: Editorial Gedisa s.a.
- Carbonell, M. (2004). *Los derechos fundamentales en México. Serie Doctrina Jurídica n° 158. «Capítulo IV. Los derechos de seguridad jurídica»*, pág. 586. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cassirer, E. (2014). *Rousseau, Kant, Goethe. Filosofía y cultura en la Europa del siglo de las luces*. (Trad. Roberto R. Aramayo y Salvador Mas). México: Fondo de Cultura Económica.
- Calatayud, A. (2014). *El derecho a la forma y documentación de los contratos en negociación y perfección de los contratos*. Pamplona: Thompson Reuters – Aranzadi.
- Deleuze, G. (2016). *Curso sobre Rousseau*. (Trad. Pablo Ires). Buenos Aires: Editorial Cactus serie clases.
- Ferrajoli, L. (2006). *Epistemología jurídica y garantismo*. (Trad. Ernesto Valdés y Rodolfo Vázquez). México: Distribuciones Fontamara S.A.

- García, E. (2001). *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. España: Alianza Editorial.
- García, E. & ramón T. (2004). *Curso de Derecho Administrativo I, Duodécima Edición*. Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- García, C. (2000). *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales s.a.
- García, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta s.a.
- García, E. (2010). *Introducción al estudio del derecho*. 51ª Edición Reimpresión. México: Editorial Porrúa.
- García, M. (2012). *El valor de la seguridad jurídica*. España: Biblioteca Jurídica Básica iustel.
- Griffiths, J. (2007). *Pluralismo jurídico*: Colombia. Siglo del Hombre Editores.
- Guastini, R. (2018). *Interpretar y argumentar*. (Trad. Silvia Álvarez Medina). España: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Hart, H. L. (1998). *El concepto de derecho*. (Trad. G. R. Carrió,). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hernández, M. (2004). *Seguridad jurídica, análisis*. Guayaquil-Ecuador: Editorial Edino Junin.
- Iturralde, V. (2014). *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

- Kaufmann, A. (2007). *La filosofía del derecho en la postmodernidad*. (Trad. Luis Villar Borda). Bogotá: Editorial Temis s.a.
- Kemelmajer, A. (1998). *La seguridad jurídica*. En Revista del derecho comercial y de las obligaciones. Año 31, número 181 a 184. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Laubadère, A. & Gaudemet Y. (2001). *Traité de droit administratif*. Paris: LGD.
- Luhmann, N. (2006). *El derecho de la sociedad* (Trad. Javier Torres Nafarrete). México: Herder.
- López, D. (2009). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- López, D. (2016). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Colombia: Legis.
- Marienoff, M. (1998). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo III Contratos Administrativos. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Parra, N. (2018). *Temperamentos interpretativos. Interpretación del contrato, la ley y la Constitución*. Colombia: Legis Editores s.a.
- Pérez, A. (2017). *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. España: Tecnos.
- Posner, R. (2011). *Cómo deciden los jueces*. (Trad. Victoria Roca Pérez). Madrid: Marcial Pons.
- Posner, R. (2012). *Economic análisis of law*. U.S: Aspen Casebooks Series Wolters Kluwer Law & Business.

- Prieto, L. (2007). *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Perú: Palestra-Temis.
- Rawls, J. (2016). *Teoría de la justicia*. (Trad. María Dolores González). México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2017). *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. (Trad. Albino Santos Mosquera). Colombia: Paidós Básica.
- Rodríguez, L. (2009). *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Colombia: Editorial Temis S.A.
- Rousseau, J. (2012). *Del contrato social*. (Trad. Mauro Amariño). Madrid: Alianza editorial.
- Ross, A. (2007). *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. (Trad. José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Sartori, G. (2010). *La política, lógica y método en las ciencias sociales* (Trad. Marcos Lara). México: Fondo de Cultura Económica.
- Schiavone, A. (2012). *Ius. La invención del derecho en Occidente*. (Trad. Germán Prósperi). Argentina: Adriana Hidalgo Editora.
- Schmitt, C. (2011). *Teoría de la constitución*. (Trad. Francisco Ayala). España: Alianza Editorial.
- Sein, T. (1997). *Seguridad jurídica en el orden jurídico de la República Federal de Alemania*. En revista Contribuciones 3/1997, julio-septiembre 1997. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung A.C.

Tamayo, J. (2013). *La decisión judicial. Naturaleza hermenéutica y aplicación del derecho*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.

Touraine, A. (2014). *Crítica a la modernidad*. (Trad. Alberto Luis Bixio). México: Fondo de Cultura Económica.

Vigo, R. (1999). *Interpretación jurídica*. Santa fe, Argentina. Rubinzal Culzoni Editores.

Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. (Trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga). Barcelona: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales s.a.

Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*. (Trad. Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virgüez Ruiz). Argentina: Siglo Veintiuno Editores.

Normatividad

Colombia. Ley 84 del año 1873, Código Civil.

Colombia. Ley 1437 del año 2011, *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.

Jurisprudencia consultada.

Corte Constitucional, sentencia T-006 de 1992, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia C-549 de 1993, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia, T-284 de 1994, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1995, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sentencia T-073 de 1997, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia T-466 de 1999, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia T-806 de 2000, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia C-1211 de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Auto 232 del 2001, MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Auto 096 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional, Auto 058 de 2004, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, CP. Ricardo Hoyos Duque. Expediente 14.577. Demandante: Sociedad Pavimentos Colombia Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, CP. German Rodríguez Villamizar. Expediente 14.579. Demandante: Sociedad Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas. Demandado: Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaria de Obras Publicas del Distrito Capital De Bogotá.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, CP. Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 17.031. Demandante: Empresa Colombiana de Ingeniería. Demandado: Municipio de Sabaneta-Antioquia.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2017, CP. Hernán Andrade Rincón. Expediente 57.785-A. Demandante: Consorcio Vial Isla Barú. Demandado: Distrito Turístico y Cultural De Cartagena de Indias- Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena De Indias.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2019, CP. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente 50.479. Demandante: Pensiones de Antioquia. Demandado: Nación –Rama Judicial.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de octubre de 2019, CP. María Adriana Marín. Expediente 46.039. Demandante: María Estella García Martínez. Demandado: Nación –Rama Judicial.

Consejo de Estado, Sala Trece Especial de decisión, sentencia del 29 de mayo de 2020, CP. (E): Julio Roberto Piza Rodríguez. Radicación: 2020-01931-00(CA). Actor: Consejo Superior de la Judicatura. Demandado: Acuerdo PCSJA20-11529 del 25 de marzo de 2020.