

EL 'PRECEDENTE JUDICIAL': UNA FIGURA
AJENA AL SISTEMA COLOMBIANO DE FUENTES
DEL DERECHO

THE 'JUDICIAL PRECEDENT': A FIGURE OF
OTHERS TO COLOMBIAN SYSTEM OF SOURCES
OF LAW

LA 'PRECEDENT JUDICIAIRE' : A FIGURE
DES AUTRES AU SYSTÈME COLOMBIEN DES
SOURCES DU DROIT

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2015

Fecha de aprobación: 29 octubre de 2015

Édison Gonzalo Porras-López¹

1 Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia; dedicado a la docencia y al litigio.edison.porras@uptc.edu.co.

Resumen

El análisis del tema del “precedente judicial” o “jurisprudencial”, a la luz de las normas constitucionales y legales pertinentes, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de lo señalado por dos (2) doctrinantes, cuya autoridad sobre el tema es ampliamente reconocida los doctores *Diego Eduardo López Medina*² y *Carlos Bernal Pulido*-, me ha permitido concluir, como pretendo demostrarlo en el presente ensayo, que esta figura resulta extraña a la organización jurídico-política del Estado Colombiano, así como a la práctica judicial que dentro del mismo se desarrolla.

En efecto, basta con observar la definición de “precedente judicial”³, para notar que dicha figura no se ajusta al diseño del sistema de fuentes en el derecho colombiano, en el cual apenas otorga a la jurisprudencia el carácter de fuente supletoria formal de derecho, así como de criterio auxiliar de la actividad judicial; de suerte que en un sistema jurídico-político donde las decisiones judiciales constituyen fuente formal supletoria del derecho y criterio orientador, no vinculante, de la actividad judicial, la calidad de fuente formal principal del derecho y criterio vinculante de la labor de los jueces, que la Corte Constitucional le ha otorgado a su doctrina sobre los derechos humanos contenida en las sentencias de revisión de fallos de tutela, así como a la jurisprudencia constante de las denominadas Altas Cortes, carece de soporte jurídico.

La marcada influencia del derecho anglosajón en nuestro ordenamiento jurídico, y en la interpretación constitucional hace que los jueces hoy vinculen en sus decisiones no solo el contenido legal, sino las decisiones de jueces superiores especialmente en materia de derechos humanos, estructurándose así una nueva forma de entender el derecho, fundamentada, ya no, en el modelo positivista, sino a través de la interpretación sistemática que hace la corte sobre los derechos y en especial los consagrados en la propia

2 Concretamente, de este docente y doctrinante, ver *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*.

3 “Tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionen como buenas razones para decisiones subsecuentes” y “exigir a los jueces de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo de las altas cortes, como una razón vinculante”, según definición de J. Bell en su obra “*Souroses of Law*”, referida por el doctor Carlos Bernal Pulido en su artículo “El precedente en Colombia”, informe nacional preparado para el Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, Utrecht (Holanda), julio de 2006, incluido en el número 331 de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, sin más referencias - negrilla fuera del texto.

constitución, aplicando criterios de equidad y proporcionalidad, para ser aplicados en la solución de casos futuros.

Palabras Clave:

Precedente Judicial, Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Jurisprudencia, Fuentes de Derecho.

Abstract

The analysis of the issue of “judicial precedent” or “jurisprudence”, in the light of the relevant constitutional and legal norms, the jurisprudence of the Constitutional Court and designated by two (2) indoctrinators, whose authority on the subject is widely recognized doctors Diego Eduardo López Medina and Carlos Bernal Pulido - has allowed me to conclude, as I intend to demonstrate in this essay, this figure is alien to the legal policy of the Colombian State organization and judicial practice in the it develops ..

It is sufficient to observe the definition of “judicial precedent” to note that this figure does not fit the system design sources in Colombian law “in which only gives the jurisprudence character supplementary source formal law, as well as auxiliary criteria of judicial activity; so that in a legal-political system in which judicial decisions are extra formal source of law and criteria guiding non-binding judicial activity, the quality of main formal source of law and binding judgment of the work of judges, which the Constitutional Court has granted its doctrine on human rights contained in the review sentences fault protection, as well as the constant jurisprudence of the so-called High Courts, it lacks legal support.

The strong influence of common law in our legal system and constitutional interpretation makes judges today link their decisions not only legal content, but the decisions of senior judges especially human rights, and structuring a new form of understand the law, grounded, not in the positivist model, but through systematic interpretation by the court on the rights and especially those enshrined in the constitution itself, applying criteria of fairness and proportionality to be applied in the solving future cases.

Keywords:

Judicial Precedent, Constitutional Law, Human Rights, Jurisprudence, sources of law.

Résumé

L'analyse de la question de la «jurisprudence» ou «jurisprudence», à la lumière des normes constitutionnelles et juridiques pertinentes, la jurisprudence de la

Cour constitutionnelle et désigné par deux (2) endoctrineurs, dont l'autorité sur le sujet est largement médecons reconnus Diego López Eduardo Medina et Carlos Bernal Pulido - m'a permis de conclure, comme je l'intention de démontrer dans cet essai, ce chiffre est étranger à la politique juridique de l'organisation de l'Etat colombien et la pratique judiciaire dans le il se développe ..

Il suffit d'observer la définition de «jurisprudence» de noter que ce chiffre ne correspond pas aux sources de conception du système dans la loi colombienne "dans laquelle seule donne le caractère de la jurisprudence source supplémentaire loi formelle, ainsi que des critères auxiliaires de l'activité judiciaire; de sorte que dans un système juridico-politique dans lequel les décisions judiciaires sont la source officielle supplémentaire de la loi et les critères directeurs de liaison non-activité judiciaire, la qualité de principale source formelle du droit et de jugement contraignant du travail des juges, la Cour constitutionnelle a accordé sa doctrine sur les droits contenus dans la protection examinent des peines de défaut, ainsi que la jurisprudence constante de la haute Cour soi-disant, il lui manque un soutien juridique.

La forte influence de la common law dans notre système juridique et l'interprétation constitutionnelle rend les juges aujourd'hui lier leurs décisions non seulement de contenu juridique, mais les décisions des juges de haut rang en particulier les droits humains et la structuration d'une nouvelle forme de comprendre la loi, à la terre, et non pas dans le modèle positiviste, mais grâce à l'interprétation systématique par le tribunal sur les droits et en particulier ceux qui sont consacrés dans la constitution elle-même, en appliquant des critères d'équité et de proportionnalité à appliquer dans le résoudre les cas futurs.

Mots-clés:

la jurisprudence, le droit constitutionnel, droits de l'homme, la jurisprudence, les sources du droit.

Presentación histórica de la doctrina de la corte constitucional sobre ‘precedente judicial’: Líneas generales de la doctrina de la Corte Constitucional sobre ‘precedente judicial’

El estudio diacrónico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema de las “fuentes del derecho”, en general, y del “precedente judicial”, en particular, permite concluir que en los pronunciamientos que se pueden calificar de “oficiales”, la Corte Constitucional ha tenido, en términos generales, claro que a la luz de las normas pertinentes de la Ley 153 de 1887 -que hacen parte del Código Civil-, así como de las normas constitucionales sobre el tema -especialmente el artículo 230 Superior-, la Ley, entendida como Ordenamiento Jurídico, de carácter material y formal, constituye la principal fuente formal de derecho en Colombia, así como el único criterio al cual está obligatoriamente vinculado el juez en su tarea de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico a los casos puestos bajo su conocimiento.

Así, la Corte Constitucional ha desarrollado una doctrina sobre las “fuentes de derecho” que se puede sintetizar en los siguientes puntos:

- a) “Las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y tienen efecto *erga omnes*.”
- b) Constituyen criterio obligatorio en el ejercicio de la actividad judicial no solo la parte resolutive de los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional, sino la *ratio decidendi* de los mismos.” (CConst, C-113/1999 Jorge Arango Mejía)
- c) Solo la Ley, entendida en su sentido material y formal, es fuente formal de derecho y criterio obligatorio de la actividad judicial, así como la interpretación auténtica de la Constitución que realice la Corte Constitucional en virtud del control abstracto de constitucionalidad. (CConst, C-083/1995, Carlos Gaviria Díaz).
- d) Aunque la doctrina de la Corte Constitucional en torno al sentido y alcance de los derechos fundamentales no constituye criterio obligatorio - al tenor de lo previsto en el artículo 230 superior -, el juez solo podrá apartarse de esta si lo justifica suficiente y razonablemente,

so pena de violar el principio de igualdad. (CConst, C-037/1996, Vladimiro Naranjo).

Hasta este punto, la doctrina de la Corte Constitucional sobre el tema de las “fuentes de derecho” contenida en las decisiones más significativas sobre el tema, se ajusta, en lo esencial, al diseño previsto por el Constituyente del 91, conforme al cual la Ley, entendida como ordenamiento jurídico -en su carácter material y formal-, constituye la principal fuente formal del derecho⁴, así como el único criterio vinculante de la actividad judicial, mientras que la jurisprudencia tiene un carácter supletorio en cuanto fuente formal de derecho, al tiempo que constituye un criterio auxiliar de la actividad de los jueces; sin embargo, la Corte Constitucional otorgó también a la jurisprudencia de las denominadas Altas Cortes u Órganos Judiciales de Cierre el mismo carácter, en principio, vinculante para la actividad de los jueces, que reconoció a su doctrina sobre el contenido y alcance de los derechos humanos, expuesta en las sentencias de revisión de fallos de tutela, de la cual, empero, podrán apartarse si lo justifican de manera suficientemente razonada, so pena de que sus decisiones vulneren el principio de igualdad.

Esta precisamente es la consagración del “precedente judicial” como fuente de derecho o criterio vinculante de la actividad judicial; figura ajena a un sistema jurídico-político positivista como el colombiano, que se originó en los denominados sistemas jurídicos de derecho común o *common law*, y que, como se expresará más adelante, no cabe en el sistema de fuentes consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano y del cual ya se ha hablado.

Una de las últimas presentaciones de esta doctrina de la Corte Constitucional sobre el “precedente judicial” se encuentra en la sentencia C-836 de agosto 9 de 2.001, de la cual fue ponente el Magistrado Doctor Rodrigo Escobar Gil y a través de la cual se declaró que el artículo 4° de la Ley 169 de 1.896 se ajusta a las previsiones contenidas en la Constitución de 1.991.⁵ Así puede sintetizarse la exposición de la Corte:

a. La relación entre el sometimiento de los jueces al “imperio de la ley” en desarrollo de su labor y la autonomía de que están dotados en

4 Tanto de creación como de conocimiento, según la tradicional clasificación de las fuentes de derecho.

5 Dice esta norma: "Artículo 4. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte vane la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

cumplimiento de esta, permite entender que dicha autonomía está vinculada a la observancia de los principios y valores incorporados en la parte dogmática de la Constitución, por cuanto los jueces, como autoridades públicas, están encaminados a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como a asegurar la vigencia de un orden justo, debiendo someter su actividad a un “principio de razón suficiente”, que excluye la posibilidad de actuar caprichosamente en desempeño de sus funciones.

b. La labor de unificación de la jurisprudencia asignada constitucionalmente a la Corte Suprema de Justicia,⁶ permite la realización en la práctica del derecho a la igualdad, en su doble dimensión de igualdad ante la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades públicas.

c. El valor normativo formal de la doctrina judicial es una consecuencia de la seguridad jurídica y de la confianza legítima en la administración de justicia, cuya garantía resulta indispensable para el ejercicio de las libertades individuales.

d. La autonomía judicial dentro de un “estado unitario” implica que a la cabeza de la organización jurisdiccional exista un órgano que señala la forma de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico.

e. Aunque en principio los jueces están obligados a sujetarse a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pueden apartarse de esta si lo explican suficientemente, con base, entre otros motivos, en “un tránsito legislativo relevante”, en el cambio de las condiciones sociopolíticas y económicas que haga improcedente la aplicación de una jurisprudencia anterior, así como cuando la misma resulta contradictoria o imprecisa.

f.

Así resume la Corte Constitucional la presentación de su doctrina oficial sobre las “fuentes de derecho” (precedente judicial) en la sentencia que ahora se comenta:

20..., la **fuerza normativa de la doctrina probable** proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama

6 “Labor creadora de derecho”, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, merced a la cual dota a la ley formal de contenidos materiales.

jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “*plus*” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a este órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas. (negrillas fuera del texto)

Según lo anterior, se fundamenta esta figura en la obligación que tienen los jueces, al momento de aplicar justicia, de vincular a sus decisiones, los fundamentos jurídicos de decisiones adoptadas por otros jueces superiores o del mismo nivel jerárquico, en casos idénticos o similares proferidos con anterioridad. Según se trate, se denomina precedente vertical o horizontal. Además, dependiendo de la concepción que se maneje al interior de los ordenamientos jurídicos y de la parte de las decisiones judiciales que vinculen al juez, el precedente puede referirse únicamente a la línea jurisprudencial a la cual el operador jurídico se sienta vinculado, o simplemente la parte en concreto de la decisión judicial que se considere de obligatoria observancia.

El origen de la figura en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Precisado el contenido y alcance de la doctrina oficial de la Corte Constitucional sobre el tema del “precedente judicial”, resulta pertinente señalar que la inclusión del mismo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene sus orígenes en las inquietudes del desaparecido Magistrado Doctor Ciro Angarita Barón, quien, preocupado por la eficacia real de la fórmula del Estado Social de Derecho, otorgó a la doctrina de la Corte Constitucional sobre la naturaleza y alcance de los derechos fundamentales el mismo valor que a la denominada “doctrina constitucional integradora” se concedió en la ya comentada sentencia C-083 de 1995.

Así, ante la ausencia de regulación inicial sobre los mecanismos constitucionales de protección a los derechos que por naturaleza no tienen el carácter de

“fundamentales” acciones popular y de grupo⁷, el Doctor Angarita Barón señaló que el juez constitucional puede llenar los vacíos existentes en el ordenamiento jurídico sobre cuáles derechos son amparables por vía de acción de tutela, de manera que sus decisiones al respecto constituyen criterio vinculante para los demás operadores jurídicos; labor que la Corte Constitucional cumple en ejercicio de la revisión de los fallos de tutela, de que trata el numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política.⁸

En la sentencia T-406, de junio 5 de 1992, de la cual es ponente el mencionado Magistrado Doctor Ciro Angarita Barón, se señala:

Los reparos que pueda suscitar esta posición, en el sentido de que se llegaría a una enorme dispersión jurisprudencial en vista del carácter abiertamente político del contenido de las decisiones, pueden ser despejados si se tiene en cuenta la importante fuente de seguridad jurídica que se desprende del mecanismo de revisión de tutelas por parte de la Corte Constitucional y consagrado en el numeral 9 del artículo 241 de la Carta. Como se sabe, **la revisión tiene, entre otras, la finalidad de servir de instrumento de fijación del sentido de los textos. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: sirve de pauta a todas las autoridades para la interpretación y aplicación de los derechos.** Es innegable el valor pedagógico e incluso “normativo-general” de la jurisprudencia de tutela que crea

7 En estos términos, se planteó el Doctor Angarita Barón la cuestión, “..ante la falta de intervención legislativa que desarrolle los derechos- prestación del capítulo segundo, título segundo de la Constitución, debe el juez permanecer a la espera de que se produzca dicho desarrollo, y en tal caso, considerar los textos que consagran tales derechos como desprovisto (sic) de fuerza normativa o, por el contrario, debe el juez definir el contenido de tales derechos, anticipándose al legislador y aplicándolos de manera directa a partir del propio texto constitucional”.

8 Responde así el Doctor Angarita Barón la cuestión por él planteada: “Ante este dilema (,) el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico (,) social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el Judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional.

la Corte Constitucional y su importancia y alcance apenas empiezan a vislumbrarse en el panorama jurídico nacional.⁹

A la base de la afirmación según la cual los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en cuanto intérprete legítimo de la Constitución, cualesquiera sean estos, tienen carácter vinculante para los jueces -recuérdese una vez más, pero llevado al extremo, eso de que “entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta a aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel”-, está la visión particular que el desaparecido Doctor *Ciro Angarita Barón* tenía de la labor del juez en el Estado Social de Derecho.¹⁰

Llega a tal extremo el compromiso del Doctor *Angarita Barón* con su convicción respecto de que la doctrina constitucional contenida en la totalidad de los fallos proferidos por la Corte Constitucional tiene carácter obligatorio para los jueces, que aún sin alusión expresa a esta referencia doctrinal en la parte considerativa de algunas sentencias de revisión de las cuales fue ponente, se dispuso, en la correspondiente parte resolutive, que la doctrina allí contenida sería de obligatoria aplicación para todos los casos tácticamente idénticos.¹¹

La doctrina “pro precedente” y su inclusión definitiva en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Las ideas del Doctor *Angarita Barón* sobre el carácter vinculante de la denominada por él “doctrina constitucional”, contenida, según su particular visión de las pertinentes normas, en la totalidad de los pronunciamientos de la Corte, fueron recogidas, especialmente, por los Magistrados Doctores *Eduardo Cifuentes Muñoz* y *José Gregorio Hernández Galindo*, quienes no solo lograron la inclusión de la mencionada

9 De este apartado se desprende la formulación doctrinal coloquialmente conocida con el nombre de “cláusula *Angarita*”.

10 En estos términos, expresó dicha visión: “...el juez, en el estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución - sus principios y sus normas - con la ley y con los hechos(.) hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido(.) la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación del derecho” - *Negrilla fuera del texto*.

11 Así, en el numeral 6º de la parte resolutive de la sentencia T-414 de junio 16 de 1992, se dispuso: “En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que hayan ocurrido abusos o intromisiones arbitrarias o ilegales en la recolección, almacenamiento, tratamiento, uso y divulgación no autorizada expresamente de datos personales, por cualquier medio o tecnología, que amenacen vulnerar la intimidad y libertad informática de la persona, la doctrina constitucional enunciada ' en esta sentencia tendrá carácter obligatorio para las autoridades, en los términos del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991”.

“Cláusula Angarita” en la doctrina oficial de la Corte Constitucional sobre el tema del “precedente judicial” -como ya se explicó-, sino que, en no pocos fallos de revisión de sentencias de tutela, plasmaron una doctrina no oficial sobre el precedente judicial¹², frente a la cual, curiosamente, los Magistrados que suscribieron las providencias en las que se contiene la doctrina oficial sobre el tema¹³, guardaron silencio¹⁴. Pueden sintetizarse así los aspectos fundamentales de esta postura:

- a. Más que un criterio auxiliar de la actividad judicial, la doctrina de la Corte Constitucional sobre el sentido y alcance de los derechos humanos constituye un elemento “normativo-general” de esta.¹⁵
- b. Cuando la Corte Constitucional se pronuncia lo hace en su condición de intérprete autorizada de la Constitución y, por ende, todos sus pronunciamientos constituyen criterio obligatorio para la actividad judicial, en cuanto la Constitución es ante todo “derecho legislado”.¹⁶
- c. Aunque todos los pronunciamientos de la Corte Constitucional constituyen, en principio, “criterio obligatorio” para la actividad judicial, los jueces podrán apartarse de la doctrina constitucional sobre los derechos humanos contenida en las sentencias de revisión de los fallos de tutela, siempre y cuando justifiquen, suficiente y razonadamente, dicha determinación, so pena de lesionar el principio de igualdad. Igual exigencia se hace frente a la jurisprudencia constante de los demás Órganos Judiciales de Cierre.¹⁷

12 La doctrina "pro precedente" u "optimista frente al precedente" de que habla el doctor Bernal Pulido, en el informe mencionado al comienzo de este escrito.

13 O "pesimista" en términos del doctor Bernal Pulido.

14 De hecho, estos Magistrados, quienes constituían el ala tradicionalista de la Corte y encarnaron la visión pesimista frente al precedente judicial, suscribieron, en su condición de miembros de las correspondientes Salas de Revisión de Tutelas, los fallos que contienen esta doctrina "pro precedente", cuyas líneas fundamentales serán expuestas en los siguientes párrafos.

15 Ver, entre otras, la sentencia T-406, de junio 5 de 1992, de la cual fue ponente el Magistrado Doctor Ciro Angarita Barón.

16 Ver la aclaración de voto del Magistrado Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz a la sentencia C-083 de marzo 1° de 1995 – M.P. Carlos Gaviria Díaz.

17 En este sentido, la sentencia T-123 de marzo 21 de 1995, de la cual fue ponente el Magistrado Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

- d. Solo los pronunciamientos de la Corte Constitucional, incluidos los que fijan el contenido y los alcances de los derechos humanos, en desarrollo de la labor de revisión de fallos de tutela, obligan a los demás jueces, quienes al apartarse de esta violan la Constitución, mientras que la jurisprudencia constante de las demás Altas Cortes no obliga en principio a los jueces, quienes pueden apartarse de esta, sí lo justifican suficientemente, a efectos de no vulnerar el derecho a la igualdad.¹⁸

Resulta pertinente señalar que la última posición mencionada se llevó a extremo en dos pronunciamientos de los cuales fue ponente el Magistrado Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz -las sentencias SU-640 de noviembre 5 de 1998 y SU-168 de marzo 17 de 1999-, las cuales fueron pronunciadas en desarrollo del enfrentamiento entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado por el tema del período de los gobernadores y alcaldes; y, se dice que fue llevada al extremo, porque, en una y otra sentencia, la Corte Constitucional señala que su doctrina, contenida en todos y cada uno de sus fallos - tanto en la parte resolutive como en la *ratio decidendi* de los mismos -, es la expresión auténtica y genuina del ordenamiento jurídico, del cual los demás jueces no podrán apartarse so pena de quebrantar dicho ordenamiento.

No cabe duda que la corte constitucional ha impulsado el tema del precedente con carácter vinculante, pero sectorizado a la jurisprudencia constitucional en sus sentencias de constitucionalidad y de tutela, sin embargo en la actualidad se abre la posibilidad, para hablar de precedente en la jurisdicción ordinaria, y en la contencioso-administrativa, a partir de la implementación de los sistemas de oralidad, y de la figura de la doctrina probable contenido en la ley 1437 de 2012 y ley 1564 de 2013, figura que se refiere a la obligatoriedad de los jueces, de tener en cuenta las diversas teorías desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia en el desenvolvimiento de casos semejantes, pero que al igual estos jueces se pueden separar de esta si así lo fundamenta en su decisión.

La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de precedente la podemos dividir en dos etapas así:

18 Ver, entre otras, las sentencias T- 260 de junio 20 de 1. 995, T-175 de abril 8 de 1997 y T-068 de enero de 2000, de las que fue ponente el Magistrado Doctor José Gregorio Hernández Galindo.

Una primera que va de 1991 hasta 1995, donde se resaltan las sentencias C-113 de 1993, C-181 de 1993, C-083 de 1995, T-260 de 1995, en estas sentencias, ha desarrollado la corte una doctrina sobre precedente judicial no vinculante, así se deja ver de la interpretación que se hace en estas del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 donde se analiza la constitucionalidad del mismo y, se llega a la conclusión que las sentencias son de obligatorio cumplimiento respecto de las partes¹⁹, pero no como obligación para los jueces en la toma de decisiones futuras.²⁰ (CConst, C-113/1993).

Más adelante, en sentencia T-123 de 1995, la corte eliminó la distinción introducida en la sentencia C-083 de 1995, en el sentido de conferir carácter obligatorio y vinculante a la doctrina constitucional, al tiempo que aclara que la jurisprudencia de la corte constitucional, en temas de derechos humanos, ata, en principio a las altas cortes y, a los demás funcionarios judiciales; agrega que si un juez decide apartarse del criterio jurisprudencial señalado, lo debe hacer motivando razonadamente su decisión so pena de incurrir en una vía de hecho, atacable mediante acción de tutela, por la flagrante y caprichosa violación del derecho de igualdad (CConst, T-123/1995).²¹

En una segunda etapa, el año 1996 marca un nuevo impulso sobre el tema de precedente en especial por la expedición de la ley 270 de 1996 o estatutaria de la administración de justicia, que en sus artículos 45 y 48 daban a entender que únicamente las decisiones de constitucionalidad dictadas por la corte tienen carácter vinculante, no así las decisiones de tutela, que mantienen sus efectos entre partes, aclarando eso sí, que la parte vinculante de las sentencias de constitucionalidad es la parte decisoria o *desisum* y, la parte motiva de una y otra sentencia sigue siendo un criterio orientador de la labor judicial.

Es con la sentencia T-195 de 1997, que la corte consolida el tema del precedente, especialmente en materia de derechos humanos, en la citada sentencia la corte sostiene “el efecto inter partes de las

19 En la Sentencia C-083 de 1995 la Corte aclara que las decisiones sobre temas corrientes, incluidas las de los fallos de tutela solo vinculan a las partes que acuden al juez para arreglar sus diferencias.

20 Vale la pena destacar que la Corte Constitucional en las sentencias citadas, hace referencia a la vinculatoriedad de los fallos sobre temas de exequibilidad o inexequibilidad de normas.

21 Esta posición fue corroborada en sentencia T-260 del mismo año que en lo referente aclara: “la interpretación que hace la corte constitucional frente a la carta política es siempre obligatoria.”

sentencias de tutela, se limita exclusivamente a la resolución del caso o *decisum* (CConst,T-195/1997).”²² Se nota con claridad que la corte constitucional fortaleció su criterio de precedente vinculante frente a la doctrina constitucional contenida en las sentencias de revisión de tutela y, frente a las sentencias de constitucionalidad, el efecto vinculante se extiende a la decisión.²³ Resta mencionar que la corte constitucional, ha mantenido la doctrina del precedente, resaltando las sentencias T-1022 de 2002, T-1091 de 2002 y T-1068 de 2003 entre otras.²⁴

Conclusión

La presentación realizada ha pretendido mostrar - espero que lo haya logrado - que el “precedente judicial” es una figura introducida en la doctrina de la Corte Constitucional más por opiniones y posturas jurídico-políticas particulares, que por que la misma responda a una interpretación auténtica del ordenamiento superior colombiano.

El problema radica, a mi modo ver las cosas, y, lo admito, puede ser una visión simplista del asunto, en que, gústenos o no, el sistema jurídico colombiano es un sistema legislado o del *civil law*, conforme al cual la Ley, en sentido amplio, constituye la principal fuente formal del derecho, al tiempo que en desarrollo de su actividad los jueces “solo están sometidos al imperio de la ley”²⁵ ^{2j}, de modo que en el seno del mismo, a diferencia de lo que sucede

22 Igualmente en esta sentencia se reafirma que la doctrina constitucional vincula a todos los jueces en la solución de casos similares, reiterando que solo podrán apartarse de esta, justificando razonadamente el tratamiento diferencial que se pretende hacer.

23 Esta posición es reiterada en las sentencias SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999. En estas la corte sostuvo “la interpretación que lleva a cabo la corte no es externa al texto de la carta, como que esta demanda de la misma para poder actualizarse en el espacio y en el tiempo históricos. Las sentencias de la corte constitucional en este sentido, por ministerio de la propia constitución son fuentes obligatorias para decidir cabalmente su sentido. “la interpretación de la corte constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la constitución, no puede tener valor opcional o puramente constructivo puesto que sirve de vínculo insustituible para que ella adquiera status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico.”

24 En estas sentencias se reitera la teoría anglosajona de la posibilidad de separarse del precedente judicial, para tal efecto el operador jurídico está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que fundamentan su decisión.

25 Inc. 1º, art. 230, C.N.

en los sistemas del derecho común, la jurisprudencia es, apenas, una fuente supletoria de derecho y un criterio auxiliar de la actividad judicial.²⁶ Al respecto, es magistral y absolutamente clara la exposición realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-083 de marzo 1° de 2005.²⁷

Pueden ser plausibles, sin lugar a duda, las intenciones de algunos Magistrados de la Corte Constitucional, quienes, deslumbrados por las tesis materiales sobre la creación y aplicación del derecho, así como sobre el valor vinculante de la parte dogmática de la Constitución, sostienen que la Corte Constitucional, cada vez que se pronuncia, en cuanto guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución²⁸, crea doctrina constitucional integradora, en los términos de la ya mencionada sentencia C-083/95, la cual deviene vinculante para los demás jueces, mas ello no deja de ser una posición política que, valga decirlo y con el debido respeto, manifiesta el ansia de la Corte Constitucional por detentar la supremacía en la determinación y el manejo de las fuentes del derecho.

26 Ver. Inc. 2°, *ibid.*

27 En torno a la ratio histórica y jurídica de situación, señaló el Magistrado doctor Jaime Araújo Rentería, en salvamento de voto a la sentencia C-836/01: "No sobra recordar que por mandato constitucional, en nuestro país los jueces, para dictar sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. Esto no es más que la consagración positiva del principio fundamental del estado de derecho de la independencia de los jueces. Esta independencia es producto histórico de la lucha entre la nobleza y el monarca. La nobleza quería que el Rey registrase las leyes que expedía ante los jueces y de esa manera tener seguridad en sus derechos. Poco a poco los jueces se van independizando del monarca, llegando incluso a proferir fallos contra las decisiones de este.

"La función legislativa es el desarrollo inmediato de la Constitución. La función ejecutiva y jurisdiccional son desarrollo mediato de la Constitución e inmediato de la Ley, ejecución de la Ley. Lo que diferencia estas dos formas de ejecución de la ley, es que en la rama ejecutiva, el órgano de superior jerarquía puede darle órdenes al de menor jerarquía (la administración pública es jerarquizada), en cambio, en la rama jurisdiccional lo típico es precisamente lo contrario: que el órgano de superior jerarquía (el juez superior), no puede dar órdenes al inferior, no puede decirle que aplique la ley de tal o cual manera. El juez solo está atado a la ley: en el Estado de derecho el juez es independiente en un doble sentido: en el sentido de que la rama jurisdiccional no está bajo las órdenes de otra rama del poder público y de que el juez al fallar solo está atado a la ley. Como se ve, por mandato constitucional (,) en nuestro sistema jurídico los jueces de inferior jerarquía no están sometidos a la jurisprudencia de los jueces de superior jerarquía. ¿Cuál es entonces el valor de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico? El propio artículo 230 de la Constitución da la respuesta al señalar que la jurisprudencia no es más que un criterio auxiliar de la actividad judicial, de modo que el juez de inferior jerarquía al momento de fallar estudiará esta jurisprudencia y la acogerá si la encuentra razonable, pero podrá separarse de ella si la encuentra irracional, ya que no está obligado a seguirla".

28 Ver art. 241, *ad initium*, *ibid.*

Soporta la anterior afirmación la posición asumida por la Corte Constitucional en innumerables fallos de revisión de tutela en los que, exasperada por la actitud de las demás Altas Cortes de no plegarse a su jurisprudencia sobre derechos humanos contenida en los fallos de revisión de tutela, realiza afirmaciones del tenor de aquella según la cual la doctrina enunciada por la Corte Constitucional, en cuanto intérprete autorizada de la Constitución, tiene carácter vinculante para los demás jueces, quienes si de esta se apartan vulneran el ordenamiento jurídico.²⁹

Junto a lo anterior y quizás presionada por las circunstancias político-sociales, fue decantando la Corte Constitucional una doctrina según la cual reconoce, en principio, carácter vinculante a la jurisprudencia constante de los demás Órganos Judiciales de Cierre³⁰ - no a la producida por los demás jueces, incluidos, claro está, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de la cual, empero, los jueces podrán apartarse si lo justifican de manera razonada y suficiente, sopena de infringir el derecho a la igualdad. No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional mantiene un carácter prevalente frente a la de las demás Altas Cortes, en cuanto contiene la “doctrina constitucional” cuya aplicación obliga al juez ante la inexistencia de norma aplicable al caso, que bien puede suceder casi siempre, sino siempre.³¹

Con meridiana claridad, expone así esta situación el Magistrado Jaime Araújo Rentería, en salvamento de voto a la sentencia C-836/01 - ya citado:

(...) podemos afirmar que el sistema jurídico colombiano es diverso a los sistemas de precedente o del *Common Law*, que algunos magistrados quisieron extrapolar a nuestro sistema jurídico; que por mandato constitucional nuestros jueces son independientes y que solo están atados a la ley y no al precedente judicial; que el precedente solo tiene un criterio auxiliar de la actividad

29 Ver, entre otras, las sentencias T-260 de junio 20 de 1995, T-175 de abril 8 de 1997 y T-08 de enero 28 de 2000.

30 “Doctrina probable” en los términos de la Sentencia C-836/01

31 Al respecto, resulta paradigmático lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia T-123 de marzo 21 de 1995, de la cual fue ponente el Magistrado Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

judicial, pero que jamás es obligatorio y que por mandato legal aun cuando la jurisprudencia se haya constituido en fuente del derecho, porque existen tres decisiones uniformes(,) solo constituye doctrina probable y que tampoco es cierto, desde el punto de vista práctico, que de no ser obligatoria la jurisprudencia se esté creando un caos jurídico³².

Como este quiere ser un ensayo proactivo, que no se limite a descalificar un intento respetable de construcción teórica y doctrinal, sino que, de alguna manera, presente pautas de solución frente a la problemática planteada, porque, quiérase o no, la inquietud frente al tema del “precedente judicial” encarna la necesidad sentida de replantear el papel de la jurisprudencia como fuente de derecho y criterio de la actividad judicial³³, quiero cerrar el mismo presentando una propuesta al respecto realizada por el señor Procurador General de La Nación en el concepto rendido dentro del trámite del proceso de constitucionalidad que terminó con el proferimiento de la sentencia C-836 de agosto 9 de 2.001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, diseño que responde a las siguientes características:

“Un sistema legal que logre su coherencia y plenitud mediante la integración de fuentes formales y materiales”.

“La Constitución, como norma fundamental de ese sistema debe sujetar la actividad productora de derecho en todas las esferas, tanto públicas como privadas”.

“El principio general de la sujeción a la ley no desvirtúa la aplicación directa de la Constitución, especialmente cuando sea necesaria para la protección de los derechos fundamentales”.

“La doctrina y la jurisprudencia constitucional del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional son obligatorias en sus respectivos campos”.

“La doctrina constitucional es obligatoria frente a vacíos legislativos”.

“Las interpretaciones que haga la Corte del texto constitucional, hacen una unidad con este y son obligatorias para los jueces”.

“Los altos tribunales unifican e integran el ordenamiento, garantizando la igualdad en la aplicación de la ley”.

32 Sobre este particular punto, se refiere *in extenso* el Doctor Araújo Rentería en el citado salvamento de voto.

33 Tema que se relaciona, en el fondo, con el de la actividad judicial en el marco de la pregunta: ¿Crea el juez derecho o simplemente lo aplica?

“Los jueces interpretan autónomamente la ley (,) pero no la Constitución”.

“Los jueces deben argumentar por qué se separan de las interpretaciones de los altos tribunales y estos a su vez, cuando lo hagan respecto de su propia jurisprudencia”.

Debo decir de esta propuesta que me identificó con la misma, excepción hecha de la afirmación según la cual La doctrina y la jurisprudencia constitucional del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional son obligatorias en sus respectivos campos, toda vez que, a mi juicio, la doctrina constitucional solo la produce la Corte Constitucional, en cuanto “intérprete autorizado de la Constitución”, deviniendo la misma en obligatoria cuando asume la connotación de integradora, mientras que la interpretación de la Constitución y de la Ley que realicen las Altas Cortes, incluida la Constitucional excepto en las sentencias de constitucionalidad abstracta -, solo constituye “criterio auxiliar de la actividad judicial”, en los términos del artículo 230 Superior.

Igualmente, es preciso resaltar que nuestro sistema democrático, plasmado en el modelo político del Estado Social de Derecho, sitúa a la ley en preponderante lugar dentro del sistema jurídico, fundamentado en el principio de igualdad frente a la misma, lo que implica, que siempre que exista ley, esta no puede ser inaplicada por los jueces, salvo casos de inconstitucionalidad; y, en caso de vacíos normativos la misma ley ordena al operador jurídico, la aplicación de los principios generales y constitucionales del derecho o la analogía.

Referencias

Alexy, R. (2002). “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

Ardiles, J. (2004). “Los diseños normativos en el Marco del Estado Constitucional”. Madrid: Libertad.

Balaguer, F. (1999). “Derecho Constitucional”. Vol. I. Madrid: Editorial Tecnos S. A.

Bernal C. (2005). “El derecho de los derechos”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Capelleti, M. (1986). “¿Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional?” En: Revista Española de Derecho Constitucional Nº17.
- Carpizo, J. (1991). “La interpretación constitucional en México”, en: “Estudios constitucionales”. 3ª ed., México: Porrúa.
- Charry, J. (1992). “La acción de tutela”. Bogotá: Temis.
- Couture, E. (1978). “Estudios de derecho procesal civil”. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.
- De Francisci, P. (1961). “Puntos de orientación para el estudio del derecho”. Barcelona.
- Díaz, E. (1997). “Estado de Derecho y sociedad democrática”. Madrid: Taurus.
- Duhamel, O. y Cepeda, M. (S.F.). “Las democracias: Entre el derecho constitucional y la política”. 1ª ed. Bogotá, D.C.: Tercer Mundo, S.A.
- Dworkin, R. (1984). “Los derechos en serio”. Barcelona: Ariel.
- Esguerra Portocarrero, J. (2010). “La protección constitucional del ciudadano”. Bogotá: Legis.
- Ezquiaga Ganuzas, F. (1987). “La Argumentación en la Justicia Constitucional Española”. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Fernández, E. (1985) “Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica”. Madrid: Editorial Civitas.
- _____ (1972). “Estado, Sociedad Civil y Democracia”. 4ª ed. Madrid: Cuadernos para el Diálogo.
- Fioravanti, M. (2001). “Constitución: De la antigüedad a nuestros días”. Madrid: Trotta.
- _____ (1996) “Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones”. Madrid, Trotta.

Figuroa, E. (2012) “El proceso de amparo: alcances, dilemas y perspectivas”. En: Derecho Procesal Constitucional, Tomo III, Vol. II. Bogotá: VC Editores Ltda.

Fix-Zamudio, H. (1984)“El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado”. Tomo X. México: Editorial del Colegio Nacional.

García, E, et al. (1980). “La Constitución Española de 1978”. 2ª ed. Madrid: Civitas.

García, M. (1977). “Las transformaciones del Estado contemporáneo”. Madrid, Alianza Editorial.

Gaviria, C. (1991). Asamblea Nacional Constituyente de 17 de abril de 1991.

González, J. (2003). “El futuro de la acción de tutela en Colombia” En: “El derecho de tutela, vigencia y futuro”. Seminario sobre la tutela y el derecho de amparo. Corporación escenarios. Universidad de Salamanca Centro Cultural en Bogotá: Cátedra Colombia. Bogotá: Ibáñez Ltda.

Guastini, R. (2001). “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso Italiano”. En: Estudios de Teoría Constitucional. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Haberle, P. (1997). “El recurso de amparo en el sistema Germano federal de jurisdicción constitucional”. En: García Belandé, Domingo y Francisco Fernández Segado. La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. Madrid: Dykinson,

_____. (2003) “El Estado Constitucional”. Traducción de Diego Valadéz. Perú: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Hoerster, N. (1993). “Acerca del significado del principio de la dignidad humana”, artículo incluido en el libro “En defensa del positivismo jurídico”. Barcelona, Gedisa Editorial.

Hoyos, A. (1993). “La interpretación constitucional”. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, S.A.

Landa, C. (2010). “Los Procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Perú: Palestra.

López, D. (2006). "Interpretación Constitucional". 2ª ed. Consejo superior de la judicatura: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá.

Limbach, J. (2000). "Función y significado del recurso constitucional en Alemania". En: Cuestiones constitucionales. N° 3: Universidad Autónoma de México, México.

Llorente, R. (1993). "La forma del poder". Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Mazabel, M. (2010). Memorias del I Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: VC Editores Ltda.

Martínez, F. et al. (S.F.) "Ciencia política: nuevos contextos, nuevos desafíos". 1ª ed. México, D.F.: Editorial Limusa, S.A.

Monroy, M. (2001) "El futuro de la acción de tutela en Colombia" En: "El derecho de tutela, vigencia y futuro. Seminario sobre la tutela y el derecho de amparo-Corporación escenarios Universidad de Salamanca. Centro Cultural en Bogotá Cátedra Colombia: Ibáñez Ltda.

Montero, J. (2014). "La paradoja procesal". Madrid: Tirant lo Blanch.

Nogueira, H. (1997). "Dogmática Constitucional". Chile: Universidad de Talca.

Palomino, J. (2011). "Estudios de Derecho Procesal Constitucional". Bogotá: Editores Ltda.

Ramírez, J. (2004). "Principios constituciones del derecho procesal". 1ª reimpr., Medellín: Señal Editora.

Roig, R. et al. (1996). "Ética, poder y derecho: Reflexiones ante el fin de siglo", en: "Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX". Madrid: Editorial Dykinson.

Schmitt, C. (s.f.). "Teoría de la constitución". Madrid: Alianza Editorial.

Valencia, H. (1999). "Nomoárquica, Principialística o los Principios Generales del Derecho". 2ª ed. Bogotá: Temis.

Vega, P. (1987). “Estudios políticos constitucionales”. México: Universidad Autónoma de México.

Villamil, E. (1999). “Teoría constitucional del proceso”. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Weschler, J. (1993). “Derecho Constitucional Latinoamericano”. México, D. F.: Universidad Autónoma de México.

Zagrebelsky, G. (1995). “El derecho dúctil: Ley, derecho justicia”. Madrid: Trotta.

Zintl, R. (1993). “Neoliberalismo y Estado Social”, en: “Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho”, num. 13. Alicante (España).