

Campus Universitario del Puente del Común, Chía, Cundinamarca, abril 27 de 2009.

Honorable Magistrado
JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
H. CORTE CONSTITUCIONAL.
Calle 12 # 7-65
Palacio de Justicia Alfonso Reyes Echandía
E.S.D.

Referencia: Expediente Número D-7658.
Norma Acusada: Ley 769 de 2002, artículo 153 “Definición de Resolución Judicial”.
Actor: Ricardo Perilla Uribe.

Hernán Alejandro Olano García, ciudadano en ejercicio identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como comisionado de la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, entidad en la cual ostento el título de Miembro de Número, mediante el presente escrito y dentro del término concedido, presento respuesta al Oficio 515 de la Secretaría General de la Corte Constitucional, en relación con el proceso de la referencia, seguido en contra del artículo 153 de la Ley 769 de 2002, que reproduzco a continuación:

Artículo 153. Resolución Judicial. Para efectos legales se entenderá como resolución judicial la providencia que impone una pena de suspensión de licencia de conducción.

En primer lugar, revisada la Doctrina colombiana, si bien aparece el “fraude a resolución judicial” como un tipo penal, no hay una definición precisa al respecto, por lo cual, me atrevo a definir lo que es la jurisprudencia, pasando igualmente a hacer un estudio pormenorizado, para el caso de los fallos de constitucionalidad, de la tipología que a través de la Doctrina aparece en nuestra Corte Constitucional.

QUÉ ES ENTONCES LA JURISPRUDENCIA:

La jurisprudencia, ese nuevo derecho judicial, busca, según los profesores Diego López Medina y Roberto Gordillo:¹ “darle forma concreta a los derechos constitucionales abstractos: a esas definiciones jurisprudenciales que se conocen como “sub-reglas” ya que introducen una especificación ulterior de los derechos que la enunciación política abstracta no puede tener”.

Hace años, para hablar de jurisprudencia a secas, bastaría con citar a Ulpiano, quien en el Digesto (D. 1.1.10pr.) la define así: *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto.

“¡Jurisprudencia! —diría Robespierre en la Asamblea Francesa cuando se quiso crear el Tribunal de Casación— ¡Qué horrible palabra! Este Tribunal no tendrá jurisprudencia. Vosotros no tenéis más jurisprudencia que la ley porque es la ley la que define la voluntad general y es ella el valladar inmovible de vuestros derechos como ciudadanos”.

Jaime Azula Camacho², dice que “en su acepción más amplia, la jurisprudencia puede concebirse como la manera en que los funcionarios judiciales entienden la norma o el criterio que sientan al crearla y exponen en las providencias que profieren.”

Mientras que Roberto Suárez Franco³ nos expresa que viene del latín *iuris prudentia*, que quiere decir el derecho del más prudente, a lo cual agrega: “*Por jurisprudencia entiéndase un conjunto de decisiones jurisdiccionales sobre un mismo punto de derecho. Es la ciencia o conocimiento del derecho. Puede considerarse también la interpretación jurisdiccional del derecho; por consiguiente, es hechura de*

¹ LÓPEZ MEDINA, Diego y GORDILLO, Roberto. *Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia*, en: *Revista de Derecho Público* # 15, Universidad de los Andes, Bogotá, D.C., 2002. Pág. 4.

² AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso*. Novena edición, Editorial Temis, Bogotá, D.C., 2006. Págs. 24 a 26.

³ SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Introducción al Derecho Civil*. Editorial Temis, Bogotá, D.C., 2008. Pág. 167.

magistrados y jueces, a diferencia de los principios generales del derecho, que son creados por deducción de las aplicaciones generales o particulares de las normas a los casos debatidos o a la revisión de las mismas sentencias.”

La sentencia constitucional es un acto procesal, decisión de un colegio de jueces que pone término a un proceso. Es una actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del Derecho, sin olvidar su dimensión política, como sostiene acertadamente Ángel Garrorena Morales, citado por José Palomino Manchego⁴.

Según lo expresado por Domingo García Belaunde, las sentencias constitucionales, como es obvio advertirlo, son una modalidad del género “sentencias”. *“Esto es, son tan sentencias como las obras y tienen o deben tener la misma estructura. Sin embargo, la temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio de un grupo, sino que persigue cautelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada. Aun más, se trata de poner en cumplimiento el texto fundamental que da cuenta de una sociedad, y no de un código procesal cualquiera, por lo que su vigencia es más importante. Pues si una Constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no se cumple, constituye un demérito que afecta al resto del ordenamiento. Lo anterior se confirma con el hecho de que las sentencias constitucionales, tienen importancia precisamente porque cautelan, fundamentalmente, dos aspectos que son clave: los derechos fundamentales y la jerarquía normativa.”*⁵

Desde que la Sala Plena de la Corte Constitucional expidió la Sentencia C-109 de 1995 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, éste fue estudiando los diferentes tipos de sentencias de la Corporación, lo cual amplificó en un preciso estudio presentado en la III Conferencia de Justicia Constitucional Iberoamericana, España y Portugal⁶, titulada *“Tipos de Sentencias en el Control Constitucional de las Leyes: La experiencia colombiana”*, basándose para la creación de esta clasificación en la doctrina italiana retomada en otros países, distinguiendo dos aspectos esenciales: la modulación de los efectos de los fallos y las sentencias interpretativas, como una práctica arraigada en el derecho procesal constitucional colombiano, tal y como la Corte lo reconoció en la citada Sentencia C-109 de 1995, en la que rescató la brillante tradición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia colombiana en este campo, la cual, mucho antes de que entraran en funcionamiento los tribunales constitucionales europeos, y cuando ejercía el papel de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución de 1886, expidió sentencias condicionales o interpretativas⁷, que se mantuvieron como tradición a lo largo del siglo XX.

Para el profesor Humberto Nogueira Alcalá⁸, las sentencias de un tribunal o de una corte constitucional son actos procesales que ponen término a un proceso, por parte de un órgano

⁴ PALOMINO MANCHEGO, José. *La Sentencia Constitucional en las Acciones de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú*. En: Memorias II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional. San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004. CD-ROM.

⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Ejecutabilidad de las Sentencias Constitucionales*. En: Memorias II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional. San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004. CD-ROM.

⁶ Publicada, entre otras, en: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia # 316, Bogotá, D.C., junio de 2000, páginas 86-108; Revista Tutela de Editorial LEGIS, Bogotá, D.C., agosto de 2000, páginas 1719-1734; *Jurisdicción Constitucional en Colombia -La Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y Perspectivas*. Edición de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y de la Fundación "Konrad Adenauer", Bogotá, D.C., febrero de 2001, páginas 383 a 408; etc. También pueden verse resúmenes en: SANÍN RESTREPO, Ricardo. *Libertad y Justicia Constitucional*. Colección Portable # 3. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, D.C., 2004, páginas 163 a 167, (el autor señala que el resumen sobre la ponencia del doctor Martínez Caballero, fue elaborado por el estudiante Daniel Patrón Pérez, de la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda). Otro resumen en: HENAO HIDRÓN, Javier. *Derecho Procesal Constitucional. Protección de los Derechos Constitucionales*. Editorial TEMIS, Bogotá, D.C., 2003, páginas 111 a 113; MORENO MILLÁN, Franklin J. *La Jurisprudencia Constitucional como fuente del Derecho*. Editorial LEYER, Bogotá, D.C., 2002; etc.

⁷ Ver, entre otros fallos de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 2 de agosto de 1912, M.P., Dr. Alberto Suárez Murillo en Gaceta Judicial. Tomo XXII, página 5; Sentencia del 28 de julio de 1924, M.P., Dr. Luis R. Rosales en Gaceta Judicial. Tomo XXXI, página 53; Sentencia del 7 de octubre de 1936, M.P., Dr. Eduardo Zuleta Ángel en Gaceta Judicial. Tomo XLIV, página 8, etc., citados por MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. *Tipos de Sentencias en el Control Constitucional de las Leyes: La experiencia colombiana*. En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia # 316, Bogotá, D.C., junio de 2000, páginas 96-99.

⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales*. En: *Jurisdicción Constitucional en Colombia -La Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y Perspectivas*. Edición de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y de la Fundación "Konrad Adenauer", Bogotá, D.C., febrero de 2001, páginas 369 a 382.

colegiado que constituye la instancia suprema constitucional, pero, según Monroy Cabra⁹, la definición es más simple, pues para él, la sentencia constitucional es el acto procesal con el cual culmina el proceso constitucional. Además, es la forma como los Tribunales Constitucionales interpretan la Constitución, considerándose la sentencia constitucional por la doctrina moderna, como fuente del derecho.

Por ejemplo, explicando el contenido de la sentencia constitucional, el profesor Humberto Sierra Porto ha dicho que *“la posición de la sentencia constitucional en el sistema de fuentes es de gran importancia para determinar el grado de circulación de los poderes públicos a las decisiones del Tribunal Constitucional, en este punto la doctrina parece orientarse a situar las sentencias constitucionales en un lugar intermedio entre la Constitución y la ley (cuando en las sentencias se interpretan constitucionalmente las leyes), en todo caso no es un lugar inferior al que ocupan las leyes.*

El fundamento de esta posición privilegiada es consecuencia de la existencia misma de la justicia constitucional: la justicia constitucional encuentra su fundamento en la cadena ininterrumpida de razonamientos lógicos que conducen de la afirmación del poder constituyente a la existencia de una Constitución y de la necesaria supremacía de ésta sobre los poderes constituidos. En este sentido el Tribunal Constitucional (mediante sus decisiones, las sentencias) como garante de la Constitución frente a los demás poderes constituidos, debe estar en una posición superior al de estos, o, por lo menos, de sus decisiones.”¹⁰

Este concepto surge ante la pregunta ¿Qué es una Resolución Judicial?, a la que acompañamos de otras como ¿Qué es jurisprudencia? ¿Qué se entiende por reiterada jurisprudencia?, ¿Cuántos pronunciamientos debe tener un asunto? y, ¿Qué tipos de sentencias posee nuestra Corte Constitucional?

¿QUÉ SE ENTIENDE POR REITERADA JURISPRUDENCIA?

La denominada “reiteración de jurisprudencia”, posee dos vertientes, una en cuanto a la jurisprudencia constitucional y otra en cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

En cuanto a la primera jurisdicción, si se trata de jurisprudencia de la Corte Constitucional, basta con un solo fallo para que se hable de jurisprudencia e igualmente para que exista precedente en las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, se requiere de la existencia de tres sentencias uniformes sobre un mismo punto de derecho. La Corte Suprema de Justicia ha controlado esta vinculación mediante el recurso extraordinario de casación, mientras que el Consejo de Estado lo ha hecho mediante el recurso de súplica. El precedente que crea la jurisprudencia, provee una regla que es entonces, *“susceptible de ser universalizada, para ser aplicada como criterio de decisión en un caso sucesivo, en función de la identidad, o como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso.”¹¹*

¿CUÁNTOS PRONUNCIAMIENTOS DEBE TENER UN ASUNTO?

La Sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional, así como la Ley 169 de 1896, artículo 4, determinan, para el caso de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, que tres sentencias uniformes sobre un mismo punto de derecho, constituyen precedente jurisprudencial.

La norma referenciada dice así:

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 varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

⁹ MONROY CABRA, Marco Gerardo. *La Interpretación Constitucional*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, D.C., 2002, página 22.

¹⁰ SIERRA PORTO, Humberto, citado sin referencia correcta por MONROY CABRA, Marco Gerardo, Op. Cit., páginas 22 y 23.

¹¹ TARUFFO, Michelle. *Precedente y Jurisprudencia*, en: *Precedente – Anuario Jurídico 2007*. Universidad ICESI, Cali. Págs. 85 a 99. Traducción de Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini.

La expresión “podrán”, incluida en el texto, según doctrinantes como Carlos Bernal Pulido¹², para ese momento histórico, “*evidenciaría el carácter no obligatorio de la jurisprudencia*”; pero el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el particular del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, lo encontramos en la sentencia C-836¹³ del 9 de agosto del 2001, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, fue el siguiente:

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia.

Este artículo 4º de la Ley 169 de 1896, es una ventaja frente a otros ordenamientos, pues en sistemas que tradicionalmente se fundan en el precedente, generalmente la decisión que se asume como precedente es una sola; mientras que en sistemas como el italiano, cuando se alude a la jurisprudencia, se hace referencia a muchas decisiones, algunas veces docenas o centenas de fallos, incluso sin que haya necesidad de citarlas en el fallo que unifica y sin que en realidad se pueda identificar en esas sentencias cual fue la decisión verdaderamente relevante.

Así dimos por resuelta la inquietud planteada por la señora María del Pilar (sin apellido), que originó el presente estudio.

En la Sesión de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en la cual se discutió el tema de la jurisprudencia, específicamente el día 16 de marzo de 2009, algunos Académicos insistieron en que yo precisara cual era mi concepto acerca de la expresión “jurisprudencia”, para designar decisiones en materia de procesos de única instancia de los jueces promiscuos municipales, de los jueces del circuito o incluso de la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Particularmente considero que darle este título a esas decisiones, no obstante el carácter auxiliar de la jurisprudencia, en últimas es elevar el rango a pronunciamientos que merecen respeto, pero que a mi juicio sólo pueden titularse como “jurisprudencia”, si provienen de las Altas Cortes, lo demás, es tan sólo doctrina probable.

Bien podríamos extendernos ampliamente acerca del concepto jurisprudencia, el valor del precedente y el futuro de un *Common Law* insertado dentro de nuestro sistema de derecho romano germánico o continental europeo, que ponía en primer orden a la ley y le daba a la jurisprudencia el carácter de criterio auxiliar.

La Enciclopedia Jurídica OMEBA¹⁴, dice que el vocablo jurisprudencia tiene tres acepciones usuales en Derecho:

La primera de ellas, que es la clásica, deriva del latín iuris (derecho) prudentia (sabiduría) y es usada para denominar en modo muy amplio y general a la ciencia del Derecho.

La segunda acepción alude al conjunto de pronunciamientos de carácter jurisdiccional dictados por órganos judiciales y administrativos. Estos pronunciamientos constituyen el llamado Derecho judicial en cuanto comprende a los fallos y sentencias emanados de los jueces y tribunales judiciales, o bien el denominado Derecho jurisprudencial administrativo, en cuanto involucra a las resoluciones finales de los tribunales administrativos.

La tercera acepción dice referencia al conjunto de sentencias dictadas en sentido concordante acerca de una determinada materia. La coincidencia de sentido de ciertos grupos de decisiones jurisdiccionales permite hablar, en estos casos, de jurisprudencia uniforme, lo cual, a su vez, traduce la unidad de criterio con que en la práctica son resueltos los casos análogos por los tribunales judiciales o administrativos.

Y agrega luego:

¹² BERNAL PULIDO, Carlos. *El Precedente Constitucional en Colombia*, en: *Palestra del Tribunal Constitucional*, Editorial Palestra, Lima, Perú, 2008. Pág. 177.

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-836 de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVII (Jact-Lega), Buenos Aires, Argentina, 1982. Pág. 621.

II. En tanto constituye una serie de actos creadores de normas jurídicas, la jurisprudencia es fuente de Derecho. Pero en cuanto a la obligatoriedad jurídica que tienen para determinados órganos las normas jurisprudenciales, es posible distinguir dos diversos sistemas:

a) El de la obligatoriedad instituida: determina que los precedentes jurisprudenciales emanados de órganos de jerarquía superior son obligatorios para los órganos inferiores. Ello ocurre, por ejemplo, en los ordenamientos en que se establece la existencia y funciones de un tribunal de casación con el objeto de unificar todas las decisiones judiciales acerca de determinada materia, o también en aquellos sistemas en los cuales se admite consuetudinariamente la obligatoriedad de los precedentes.

Es este último, el caso del sistema jurisprudencial del Common Law, que constituye, sin lugar a dudas, la parte más importante y significativa del Derecho anglo-estadounidense.

b) El de la unidad científica: se funda en la conveniencia de uniformar las decisiones a fin de mantener, dentro de lineamientos generales, un orden interpretativo, propósito este que tiende, en definitiva a la concreción de un fundamental valor jurídico. Tal es lo que ocurre con la jurisprudencia de nuestros tribunales nacionales que, sin ser, en rigor, una fuente de normas obligatorias para los jueces, es, sin embargo, considerada como tal, en cuanto los mismos jueces, con un criterio científico unificador, adecuan al sentido de sus fallos el sentido de las decisiones precedentes. No ocurre lo propio, en punto a esto, con la jurisprudencia sentada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, pues el “Recurso de inaplicabilidad doctrinal o legal” instituido por la ley procesal de dicho estado, confiere obligatoriedad jurídica a las decisiones dictadas por la Corte sobre las materias motivo de recurso.

Es así como encontramos que de acuerdo con Konrad Hesse¹⁵, que “la jurisprudencia se caracteriza, más bien, en su tipo básico, por la tarea de adoptar decisiones basadas en la autoridad y con ello vinculantes, independientes, en los casos en los que el Derecho es controvertido o ha sido violado, en un procedimiento especial; sirve exclusivamente a la garantía y, con ella, a la concretización y evolución del Derecho. En el cumplimiento de esta tarea, la jurisprudencia desarrolla efectos ordenadores, racionalizadores y estabilizadores. Tiene mucho en común con la legislación. Sin embargo, le falta el elemento político de la legislación.” Pero sin lugar a duda, ese elemento político en ocasiones se vislumbra en nuestra Corte Constitucional colombiana y no pocos lo desconocen, precisamente teniendo en cuenta que es el Senado de la República quien escoge a los magistrados de esta Corporación.

Ese aspecto lo ratifica el mismo Hesse¹⁶ más adelante, al indicar la tarea especial de la jurisprudencia, así como de la propia jurisdicción constitucional, cuando dice que ésta:

“tiene que decidir cuestiones con impacto político y de alcance político con más frecuencia que otras jurisdicciones. Sus decisiones pueden desarrollar incluso efectos políticos de notable alcance. Pueden aproximarse tanto más a una decisión política cuanto más no puedan deducirse normalmente partiendo de regulaciones detalladas, sino sólo con ayuda de los parámetros amplios e indeterminados de la Constitución. La ejecución de estas decisiones, por último, se somete a condiciones totalmente distintas a las de las decisiones de otros tribunales.”

Y es que la jurisdicción constitucional, para este tratadista¹⁷, es a través de la cual, el poder jurisprudencial se inserta hoy en el equilibrio de poderes, “e impone su sello no sólo a la ordenación de las funciones estatales, sino también al orden constitucional en su conjunto.”

Por su parte, el tratadista argentino Segundo V. Linares Quintana¹⁸, en su obra “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, (Tomo 2), dice que

“La jurisprudencia, en cuanto fuente mediata o indirecta del derecho constitucional, es la serie de decisiones pronunciadas por los tribunales que integran el poder judicial, y, en particular, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación –intérprete final y definitivo de la

¹⁵ HESSE, Konrad. *La Jurisprudencia y la jurisdicción constitucional*, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* # 4, enero a diciembre de 2005. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005. Pág. 157.

¹⁶ HESSE, Konrad. Art. Cit. Pág. 164.

¹⁷ HESSE, Konrad. Art. Cit. Pág. 163.

¹⁸ LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Segunda edición. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1977. Págs. 482 a 487.

Constitución en el ordenamiento institucional argentino-, uniformes y constantes, sobre una determinada materia constitucional. De lo que se infiere que, contrariamente a lo que suele creerse frecuentemente, uno o aun varios fallos aislados no pueden constituir jurisprudencia. Bien observa González Calderón que <no se puede llamar jurisprudencia constitucional a algunas decisiones esporádicas y a todas luces inconsistentes con el claro espíritu y letra de la ley suprema; ni a ciertos pronunciamientos que han sido dados por motivos circunstanciales, fuera de la órbita propia del poder judicial e invadiendo la esfera privativa de otro poder del Estado>.

El valor de la jurisprudencia como fuente mediata del derecho constitucional es inapreciable. Solamente a través del estudio de sus principios, el constitucionalista podrá adquirir una idea exacta de la Constitución viva. <Vivimos bajo una Constitución, mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es> -ha dicho con real acierto el eminente juez norteamericano Charles Evans Hughes que con tanto brillo fiera Chief Justice de la Suprema Corte de los Estados Unidos.”

Precisamente, sobre ese valor de la jurisprudencia dentro del sistema norteamericano, el mismo Linares Quintana, citando a Oscar Rabasa, nos expresa que “en los Estados Unidos, la jurisprudencia reviste una importancia mucho mayor que... .. en los demás estados latinoamericanos, por cuanto... según la doctrina norteamericana de derecho, toda decisión judicial que ostensiblemente se haya pronunciado con arreglo a la ley constituye un testimonio imperativo o simplemente persuasivo de lo que es y debe ser el derecho. Esta regla jurídica de la jurisprudencia anglosajona que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares o análogos se denomina, en la terminología jurídica del derecho anglosajón: doctrina de stare decisis (acatar las decisiones).”

LA “JURISPRUDENCIA” EN NUESTRA CONSTITUCIÓN:

¿Qué es una sentencia constitucional? Acaso ¿no serian todas las sentencias el producto de una decisión constitucional? ¿Porqué individualizar una sentencia constitucional como diferente de los demás pronunciamientos judiciales? ¿Es, entonces, una sentencia distinta?

Estos y otros interrogantes hace Osvaldo Alfredo Gozaíni¹⁹ y podríamos también hacérnoslos nosotros sobre el valor de la Jurisprudencia en nuestra Constitución. Precisamente, antes de 1991, según lo refiere en forma detallada la Sentencia C-836 de 2001,

“La figura de la doctrina legal más probable, como fuente de derecho fue consagrada inicialmente en el artículo 10° de la Ley 153 de 1887, que adicionó y reformó los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la Ley 57 de 1887, establecía que “[e]n casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable.” Posteriormente, la Ley 105 de 1890 sobre reformas a los procedimientos judiciales, en su artículo 371 especificó aun más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal, estableciendo que “[e]s doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso.” A su vez, el numeral 1° del artículo 369 de dicha ley estableció como causales de casación, la violación de la ley sustantiva y de la doctrina legal.”

Posteriormente, el ya citado artículo 4 de la Ley 169 de 1893, “estableció la facultad de los jueces inferiores y de la Corte Suprema para apartarse de las decisiones de éste última, y la institución de la doctrina legal fue remplazada por la de doctrina probable. Sin embargo, con ello no se estaba avalando la plena autonomía de los jueces inferiores para interpretar la ley, pues la misma Ley 169,

¹⁹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Sobre sentencias constitucionales y la expresión erga omnes*, en: *Revista Iberoamericana de derecho Procesal Constitucional* # 8, julio a diciembre de 2008. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004, Pág. 189.

en su artículo 2º, determinó que, como causal de casación, la violación directa de la ley sustantiva, podía surgir por “efecto de una interpretación errónea de la misma”, o por la “indebida aplicación de ésta al caso del pleito.”

Señalándose además en la referida Sentencia de la Corte Constitucional,

“Desde un punto de vista orgánico, es necesario tener en cuenta que para el año de 1896, la Corte Suprema de Justicia era la cabeza única de la jurisdicción y que, a pesar de que el Consejo de Estado también contaba con un fundamento constitucional como cabeza de la justicia contencioso administrativa, el ejercicio de esta competencia estaba supeditado constitucionalmente a que la ley estableciera dicha jurisdicción. Posteriormente, en 1905, el Acto Legislativo No. 10 suprimió el Consejo de Estado, sin que jamás hubiera ejercido su función jurisdiccional. No fue sino hasta el año de 1910, mediante el Acto Legislativo 03, desarrollado por la Ley 130 de 1913, que se dispuso la creación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, restableciéndose el Consejo de Estado a través del Acto Legislativo 01 de 1914. Fue sólo hasta entonces que se estableció en nuestro país la dualidad de organizaciones jurisdiccionales.

En la medida en que el Consejo de Estado carecía legalmente de funciones jurisdiccionales en el momento en que fueron expedidas las normas que crearon la doctrina legal y la doctrina probable, estas dos instituciones, y los grados de autonomía que conferían, resultaban aplicables a toda la actividad judicial. Con todo, la regulación actual de los procedimientos judiciales ante las diversas jurisdicciones y de las facultades de los jueces pertenecientes a cada una de ellas son independientes. A pesar de ello, y sin desconocer que la autonomía judicial varía dependiendo de la jurisdicción y de la especialidad funcional, el análisis general de dicha prerrogativa es predicable de los jueces que integran la administración de justicia, tanto los que corresponden a la denominada jurisdicción ordinaria, como a los que pertenecen a la justicia administrativa y constitucional.”

Cuando aún era la Corte Suprema de Justicia esa “cabeza única”, como se expresa en la cita anterior, ésta, a través de la Sala de Casación Civil, definió así la jurisprudencia²⁰:

“En rigor, la jurisprudencia tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica: el de lograr que el derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso, sino ponerse a su servicio, permitiendo así una evolución jurídica y firme a todas luces provechosa.”

El actual artículo 230 Superior²¹, dispone lo siguiente:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”²²

²⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de mayo de 1968.

²¹ En Sentencia C-252 de 2001, M.P., Dr. Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional declaró inconstitucional el artículo 10 de la Ley 553 de 2000, y consideró este problema tan crucial, que integró la respectiva unidad normativa declarando inexecutable también el artículo 214 de la Ley 600 de 2000, fundamentando su decisión en las siguientes consideraciones:

“Pues bien: las decisiones que toma el juez, que resuelven asuntos sustanciales dentro de un proceso -v.gr. una sentencia-, deben consignar las razones jurídicas que dan sustento al pronunciamiento; se trata de un principio del que también depende la cabal aplicación del derecho al debido proceso pues, en efecto, si hay alguna justificación en la base de las garantías que reconocen la defensa técnica, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el principio de contradicción o el de impugnación -todos reconocidos por el artículo 29 C.P.-, ha de ser precisamente la necesidad de exponer los fundamentos que respaldan cada determinación, la obligación de motivar jurídicamente los pronunciamientos que profiere el funcionario judicial. Siempre será necesario, entonces, aportar razones y motivos suficientes en favor de la decisión que se toma, mucho más si de lo que se trata es de garantizar el derecho a la igualdad, acogiendo argumentos ya esbozados por la jurisprudencia para la resolución de un caso.”

“Buena parte de la eficacia de un sistema respetuoso de los precedentes judiciales radica en la necesidad de establecer un espacio de argumentación jurídica en el que el funcionario judicial exponga razonadamente los motivos que lo llevan a insistir o cambiar la jurisprudencia vigente, pues es él quien, frente a la realidad de las circunstancias que analiza, y conocedor de la naturaleza de las normas que debe aplicar, debe escoger la mejor forma de concretar la defensa del principio de justicia material que se predica de su labor.”

Dicho texto, que no tiene equivalente en la Carta de 1886, no ha tenido modificación durante los primeros dieciocho años de vigencia de la Constitución, reitera la tradicional distinción entre la ley y su fuerza vinculante y la jurisprudencia y su criterio auxiliar de la actividad judicial; correspondiendo al artículo que fuera aprobado por la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, ya que en la Comisión de Estilo de Yerbabuena no se le introdujo ninguna observación a la redacción inicial. La votación del artículo en Plenaria fue de 39 votos a favor, sin abstenciones ni votos en contra; en primer debate había obtenido 44 votos afirmativos y ninguna abstención o voto negativo.

El texto inicialmente propuesto en la Asamblea Nacional Constituyente, decía así:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. En ellas se fundan las sentencias. La interpretación judicial preexistente y los principios generales de derecho y la equidad son criterios de aplicación de la ley.”

Cabe anotar que los únicos textos en parte coincidente con lo que estudiamos, se encuentran en el Código Civil, el cual en sus artículos 17 y 18 nos hablan tanto de la ley como de la jurisprudencia.

El artículo 18 del Código Civil dice así:

“La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia.”

Mientras que el artículo 17, del citado Estatuto, se encuentra redactado en los siguientes términos:

“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.”

Los artículos 17 y 18, prácticamente sin comentarios, más que los que se encuentran en la doctrina, en la que vemos hasta hace unos pocos años, que la ley era la única fuente del derecho y que la jurisprudencia no vinculaba al juez por ser una fuente supletoria.

Sin embargo, en la Sentencia del 17 de mayo de 1968, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia había señalado que:

“En rigor, la jurisprudencia tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica: el de lograr que el derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso, sino ponerse a su servicio, permitiendo así una evolución jurídica sosegada y firme, a todas luces provechosa.”

Y, la misma Corte Suprema de Justicia, mediante decisión de la Sala de Casación Laboral, en época más reciente y con ponencia del magistrado Carlos Isaac Nader²³, expresó en diversos apartes lo siguiente:

“La jurisprudencia no obliga a los jueces. No existe regla de escoger el criterio jurisprudencial mas favorable al trabajador.”

(...)

No existiendo duda entonces referente a que la jurisprudencia no obliga a los jueces, dado que ellos en sus decisiones, se repite, sólo están sometidos al imperio de la ley, es inadmisibile la tesis de la censura relativa a que en este caso el juzgador de segundo grado debía acoger entre los dos criterios jurisprudenciales existentes en torno la procedencia de la

²² En el Decreto 2700 de 1991, el texto del 230 Superior se reproduce así: Artículo 6.- (Imperio de la ley). Los funcionarios Judiciales en sus providencias solo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

²³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Radicación 18970 del 23 de enero de 2003, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader.

indexación de la primera mesada pensional, al que más favorecía al trabajador, pues se reitera, no existe imperativo semejante en nuestro ordenamiento jurídico... (...)

Aunque en la misma providencia se pueden ver puntos de avance, luego se retrocede en la validez del precedente, como se nota en los siguientes dos dispares párrafos de la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia:

(...) Usualmente los jueces en las controversias jurídicas que acusan incertidumbre optan por acoger como razonamientos orientadores las decisiones jurisprudenciales que sobre la materia objeto del debate han trazado las corporaciones que cumplen la función especial, entre otras, de unificar la jurisprudencia nacional tratándose del ordenamiento legal. Actitud sensata y revestida de toda lógica dado que la jurisprudencia es el resultado de la ponderación detenida y profunda de las diversas tesis expuestas sobre los puntos de derecho discutidos por los litigantes, analizados por los doctrinantes y estudiados por los jueces en las instancias, de tal suerte que las decisiones doctrinales referidas estén soportadas en la experiencia, el conocimiento de los diversos planteamientos esgrimidos en el desarrollo de los debates judiciales y aún en la actividad académica, de manera que sus juicios, así debe entenderse, son los que aclaran o definen con acierto las imprecisiones de la ley o suplen debidamente los vacíos que esta revela... ...

(...)

Lo anterior no significa que los jueces estén coaccionados a acoger como suya la doctrina de las altas cortes, pues a más que constitucionalmente están liberados de esa imposición, lo razonable es que si encuentran nuevos argumentos o elementos de juicio que los lleve al convencimiento de que la solución a la discusión jurídica propuesta es contraria a la solución ofrecida por la doctrina jurisprudencial se orienten sus decisiones por la regla lógica que estimen adecuada.”

Mientras que por su parte, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-083 de 1995, había contemplado el valor innegable de la jurisprudencia cuando procedió a analizar una demanda contra el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y resolvió incluir en el fallo la siguiente afirmación:

“Al referir a la jurisprudencia, en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial", debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la ley 169 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además, no resulta justificado ni razonable, en la actualidad, circunscribir la jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir sólo al recurso de casación la virtud de generarla.”

Incluso el Consejero de Estado Ricardo Hoyos Duque²⁴, dijo que en el proyecto de reforma a la justicia que el gobierno se propuso en 2006 presentar al Congreso, se pretendía modificar el artículo 230 de la Carta para establecer que la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Consejo de Estado fuesen “vinculantes para quienes administran justicia”. Para ello establecía el proyecto de reforma retirado tres subreglas:

- a. Mayoría calificada y precisa motivación.
- b. Debe señalarse en la parte resolutive y
- c. La motivación no constituye jurisprudencia.

Una primera pregunta es obvia: ¿Qué sucede con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional? El proyecto desconocía deliberadamente que esta Corte ha desarrollado importantes líneas jurisprudenciales, no sólo en materia de derechos fundamentales mediante la revisión de las sentencias proferidas en acción de tutela, sino que, además, hay una valiosa elaboración en los más diversos tópicos derivada de las sentencias de constitucionalidad, valor que ha destacado el profesor Diego López Medina en su importante obra “*El Gobierno de los Jueces*”.

²⁴ <http://www.buengobierno.com/noticia.php?id=520>, consultada septiembre 1 de 2006.

Pero, para zanjar esta discusión, la Corte Constitucional en las sentencias C-083 de 1995²⁵ y T-068 de 2000²⁶, dispuso que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es doctrina constitucional integradora. En el segundo de estos fallos, el Ex Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, expresó con suficiente fuerza el valor de la jurisprudencia, en los siguientes extensos y contundentes apartes del fallo citado:

“Las sentencias que en materia de amparo profiere el Pleno de esta Corte al unificar jurisprudencia -contra la simplista interpretación que de las normas constitucionales hace el Consejo Superior de la Judicatura en el deplorable proveído objeto de corrección- no constituyen una creación artificiosa de la doctrina constitucional, sino que emanan del sentido mismo que en la Carta Política (art. 86) tiene la revisión eventual de los fallos de tutela, y de la norma positiva que reserva a la Sala Plena los cambios de orientación jurisprudencial (art. 34 del Decreto 2591 de 1991), al tiempo que obedecen a un imperativo de equidad en la aplicación del Derecho, a la preservación integral de los derechos fundamentales, inclusive en el trámite y decisión de los juicios de tutela, no menos que a la necesidad de asegurar la sujeción de los jueces a unas pautas mínimas en la aplicación concreta de los preceptos superiores.

En varias sentencias de esta Corte se ha concluido que la actividad de los altos órganos jurisdiccionales, al unificar la doctrina -especialmente de índole constitucional- persigue la realización del principio de igualdad, en cuanto con aquélla se busca que casos iguales reciban el mismo trato en la definición del Derecho, en vez de dar lugar a odiosas e injustificadas discriminaciones o preferencias.

Por consiguiente, las sentencias de la Corte Constitucional en las cuales se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como valioso criterio orientador de la actividad judicial, en cuya virtud se obtenga que no haya tantas formas de entender y aplicar la Constitución cuantos fallos de instancia se profieran.

La Corte no duda del carácter específico que ostenta la decisión de cada juez de tutela, quien se pronuncia de modo directo sobre la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de personas en concreto, lo que, por lo demás, constituye rasgo esencial del mecanismo, cuya razón de ser es justamente la protección inmediata de aquéllos, previo un sumario y preferente trámite.

Empero, las decisiones de la Corte Constitucional cuando, en ejercicio de su función de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, revisa las providencias dictadas por los jueces en la materia, tiene unos objetivos diferentes, relacionados con la unificación de la jurisprudencia al respecto, con la fijación de la doctrina constitucional y con la definición de pautas para que los jueces en el futuro, en casos similares, tengan en cuenta el alcance que el órgano límite -esta Corte- señala a los principios y disposiciones de la Carta Política sobre los derechos fundamentales y sus garantías.

Consecuencia de ello es la de que, no obstante recaer la sentencia sobre un caso concreto, como resulta del Decreto 2591 de 1991, la sentencia de revisión de la Corte Constitucional se proyecte sobre los casos que presentan las mismas características y esté llamada a señalar la forma en que ellos deben ser resueltos, con el objeto de conferir unidad al sistema jurídico de protección de los derechos fundamentales y de no romper -en cuanto a personas que se hallan en situaciones idénticas- el principio de igualdad. Y también para que prevalezca el Derecho sustancial sobre argumentos puramente formales.

Extraña por eso que, con notoria ignorancia no sólo de la doctrina constitucional y de sus alcances sino de las propias normas constitucionales (arts. 13, 86 y 241-9 C.P.), así como de los fundamentos que en todo sistema jurídico tiene la unificación jurisprudencial, y con absoluto olvido del postulado de prevalencia del Derecho sustancial, que es obligatorio para los jueces (art. 228 C.P.), el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- dedique una providencia que debió estar presidida por el cometido constitucional de defender la efectividad de los derechos fundamentales dentro de las normas y doctrinas establecidas, a demeritar en términos no jurídicos e irrespetuosos las instituciones fundadas en el Ordenamiento superior.”

²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-068 de 2000, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Volviendo a nuestro artículo 230, la misma Corte, al estudiar en 1996 la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, dijo:

"En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta."

Ésta tesis se ratifica con lo expresado por Konrad Hesse²⁷, para quien la jurisprudencia existe exclusivamente para la garantía del Derecho siempre y cuando el juez sea imparcial y además *"la jurisprudencia no permite ciertamente reconocer una línea inequívoca y fija. La razón (y la dificultad) para ello estriba en que los límites del control por el Tribunal Constitucional no se pueden describir siempre en una fórmula pétrea, válida en todo caso."*

Ya el Ex Magistrado Alejandro Martínez Caballero en la Sentencia C-217 de 1993 había transcrito el concepto del Procurador General de la Nación, donde se dijo:

"el artículo 230 del estatuto superior no contempló la posibilidad de establecer categorías jerárquicas entre los criterios auxiliares de la actividad judicial (y donde la Constitución no distingue no es dable al intérprete distinguir)..."

Luego, años más tarde, en el 2001, la Corte Constitucional se hizo una pregunta²⁸ esencial: ¿cuál es el sentido que debe darse al *sometimiento de los jueces al imperio de la ley*, y a su *autonomía* para interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico?

Para responder a dicho cuestionamiento, según la Corte, se debe tener en cuenta, a su vez, que: (i) el artículo 113 de la Carta establece que los diversos órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente; (ii) que están constitucionalmente encaminados a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y a asegurar la vigencia de un orden justo; (iii) que la Constitución garantiza la prevalencia del derecho sustancial y; (iv) que el principio de igualdad consagrado en el preámbulo de la Carta, en armonía con las diversas manifestaciones constitucionales de la igualdad –como derecho- tienen como presupuestos la igualdad frente a la ley, y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado (art. 13).

De acuerdo con el Decreto 2067 de 1991²⁹, que regula los juicios y actuaciones ante la Corte Constitucional, las sentencias de este Tribunal se pronuncian *"en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución"*³⁰ y tienen el valor de cosa juzgada constitucional, siendo de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares³¹ como lo señala el artículo 45 de la Ley 270 de 1996. Del mismo modo, la ley dice que la declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo y, por esta razón, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente con los del Título II. (Hasta 1993 se decía también que siempre se debía confrontar con el Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considerase necesario aplicar el último inciso del artículo 21 del citado decreto 2067 de 1991³²).

Es precisamente desde la declaratoria de constitucionalidad del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, cuando la Corte Constitucional reafirmó la teoría del precedente.

²⁷ HESSE, Konrad. Art. Cit. Pág. 166.

²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 2001, M.P., Dr. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹ Ver particularmente los artículos 20 al 23 del Decreto-Ley 2067 de 1991.

³⁰ Ver artículo 55 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Sentencia C-037 de 1996.

³¹ Ver artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Sentencia C-037 de 1996.

³² Ese inciso decía *"Excepcionalmente la Corte Constitucional podrá señalar de manera expresa que los efectos de la cosa juzgada se aplican sólo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia. En este evento, dentro de los diez días siguientes a la notificación del fallo, el demandante podrá solicitar a la Corte cualquier aclaración al respecto."*, lo cual fue declarado inexecutable por la misma Corporación en Sentencia C-113 de 1993, M.P., Dr. Ciro Angarita Barón.

A mi juicio, la doctrina constitucional³³ enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, es criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia³⁴. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explícitas en la sentencia.

Valdría la pena señalar que, en el caso español, Javier Tajadura Tejada³⁵, en su artículo titulado “*La posición del Tribunal Supremo y el valor de la jurisprudencia: análisis desde una perspectiva constitucional*”, ha analizado el punto desde el Derecho español, expresando que “*la función jurisdiccional en un Estado Constitucional de Derecho es muy diferente de la propia en un Estado legal de Derecho.*” Y agrega: “*Ahora bien, a pesar de ello, el órgano superior del Poder Judicial sigue careciendo de legitimidad para crear derecho y por ello la jurisprudencia no es fuente del Derecho*”, todo lo cual ratifica así:

El artículo 1 del Código Civil dispone en su apartado primero que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los Principios Generales del Derecho”. El mismo artículo en su apartado sexto añade: “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los Principios Generales del Derecho”.

La jurisprudencia, a la que se refiere el Código Civil y a la que la Constitución no cita, consiste en las sentencias reiteradas del Tribunal Supremo, uniformes y constantes, precisándose al menos de dos sentencias sustancialmente iguales.

Ríos de tinta han corrido sobre el artículo 1 del Código Civil. Por lo que a nuestro tema interesa la cuestión principal ha sido determinar si la jurisprudencia es fuente del Derecho o no. En este sentido, y como es bien sabido, la doctrina mayoritaria ha rechazado que la jurisprudencia, entendida como las sentencias del Tribunal Supremo reiteradas, uniformes y constantes, forme parte del ordenamiento jurídico.

Así, del empleo del término complementar en vez de completar el maestro Hernández Gil ha deducido con meridiana claridad que el ordenamiento está ya completo sin la jurisprudencia.

Igualmente, dado el carácter no vinculante de las resoluciones judiciales que permite a Jueces y Tribunales separarse de la interpretación del derecho realizada por el Tribunal Supremo, se ha podido concluir que la jurisprudencia no es fuente del Derecho.

La jurisprudencia no es vinculante para el propio Tribunal Supremo que puede modificarla y no está sujeto al precedente judicial por muy reiterado que este sea; y tampoco es vinculante para los órganos judiciales inferiores pues nuestro ordenamiento constitucional no establece la vinculación de los órganos judiciales inferiores a las resoluciones de los superiores en grado. La única e imprescindible sumisión del juez constitucionalmente legítima es la establecida a la Ley.

En nuestro ordenamiento constitucional se establece de forma clara y rotunda la vinculación del Juez a la Ley. El artículo 117 del Texto Constitucional dispone en el apartado primero que los jueces están sometidos únicamente a la Ley, que no pueden dejar de aplicar sin violar la Constitución. La vinculación, innecesario es recordarlo, no es sólo a la Ley sino al conjunto del ordenamiento jurídico. En este sentido el artículo 6 de la LOPJ establece que “los Jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa”, de donde a sensu contrario se deduce que de no darse esa contradicción, el órgano judicial también está vinculado a dichas normas.

Esta vinculación a la ley es un principio constitucional común del Derecho continental europeo, derivado del proceso histórico de gestación del Estado Constitucional surgido de la Revolución francesa y expuesto en el epígrafe anterior. El establecimiento del Estado de Derecho supuso

³³ La Corte Constitucional distingue los conceptos y los efectos jurídicos de la doctrina constitucional integradora, la doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia, distinción que posee una complejidad que ha sido notada por otros comentaristas como los profesores Mauricio García Villegas y Diego Eduardo López Medina, éste último lo explica en *El Derecho de los Jueces*, Op. Cit. Pág. 23. La doctrina constitucional integradora es fuente de derecho obligatoria para todas las autoridades y los particulares. La doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia son guías auxiliares o subsidiarias que no comprometen el criterio autónomo del operador judicial.

³⁴ Según la Sentencia C-083 de 1995, M.P., Dr. Carlos Gaviria Díaz, “*al referir a la jurisprudencia, en tanto que “criterio auxiliar de la actividad judicial”, debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene la ley 169 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con su fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además, no resulta justificado ni razonable, en la actualidad, circunscribir la jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir sólo al recurso de casación la virtud de generarla.*”

³⁵ TAJADURA TEJADA, Javier. *La posición del Tribunal Supremo y el valor de la jurisprudencia: análisis desde una perspectiva constitucional*, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* # 9. Enero a junio de 2008. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, Págs. 167 a 192.

ante todo el rechazo de la arbitrariedad, e inicialmente ese rechazo se proyectó en el ámbito judicial, sometiendo a los jueces a la legalidad.

Creo entonces que una cosa es rechazar el papel de creador del Derecho del juez que se derivaría de la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho, y otra afirmar que la labor del órgano judicial se reduzca a una aplicación automática de la Ley como quiere Tajadura. Por esa razón, son muy significativas, las expresiones del profesor Rodolfo Arango³⁶, quien analiza las ventajas o desventajas de un sistema de precedentes constitucionales al decir:

...(L)a Corte no controla lo que ella produce, en la medida en que una jurisprudencia coherente es imposible en las actuales circunstancias. Con esto ella misma contribuye al desprestigio de sus fallos, genera inseguridad jurídica y opaca la función de guarda supremo del orden constitucional. Esta situación se origina en varios factores, entre ellos el volumen de decisiones, la división interna de trabajo en nueve salas de tutela, la falta de una educación legal conocedora de la técnica de precedentes, el excesivo individualismo de sus magistrados, etc. Algunos de estos problemas pueden corregirse sobre la marcha, como por ejemplo la actualización en materia constitucional, mientras que otros dependen de una decisión política. Me refiero a la modificación de la decisión de que la Corte intervenga en la mayor cantidad de casos para hacer justicia material en infinidad de situaciones injustas, para acrecentar su radio de influencia en la tarea de transformar la realidad nacional. Pero pasada la etapa de consolidación de la Corte Constitucional habría que pensar en la consolidación de su jurisprudencia como guía de la doctrina constitucional en el país. Para ello se requiere una reducción del número de salas de tutela, y quizás una especialización de la Corte en dos grandes salas, una competente para decidir sobre el control de actos reformativos de la constitución, leyes o decretos con fuerza de ley, y la otra para decidir casos de tutela, como sucede, por ejemplo, en el tribunal constitucional alemán. Esto, unido a la posibilidad de decidir discrecionalmente qué casos de tutela se revisan por la Corte, contribuiría a la construcción de líneas jurisprudenciales más claras y consistentes.

Sin embargo, siguiendo los lineamientos de la Sentencia C-836 de 2001, si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa para la Corte, que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades la Corporación constitucional entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho, pues son las razones que han sido especialmente relevantes para la adopción de la decisión concreta del Tribunal Constitucional³⁷; de ahí que en el nuevo constitucionalismo, ha buscado realizar esfuerzos por precisar cual es la subregla que se enuncia en una sentencia y, según Diego López Medina³⁸, a este esfuerzo hermenéutico se le ha denominado también “análisis estático de sentencias”.³⁹ Sólo estos últimos - los *ratione decidendi*-, resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y

³⁶ ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho # 33. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2004. Págs. 189-190. El texto se cita gracias al permiso otorgado el 25 de enero de 2005 por el Director de la Oficina de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

³⁷ La doctrina alemana ha utilizado diversos razonamientos para justificar que la *ratio decidendi* de las sentencias del Tribunal Constitucional es también vinculante para los demás tribunales, los órganos constitucionales y las entidades administrativas. La principal de ellas, sostenida entre otros por Geiger, señala que la función del Tribunal es la interpretación de los principios de la Constitución en relación con lo cual, el concreto conflicto jurídico constitucional es solamente el motivo, la ocasión que lo hace posible. Para ello se fundamenta, a su vez, en el propio texto del artículo 93.1.1. de la Grundgesetz alemana, según el cual “el Tribunal Constitucional decide sobre la interpretación de esta Ley Fundamental con motivo de los

conflictos...”. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *La vinculatoriedad de las resoluciones del Tribunal Constitucional*, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* # 1. Enero a junio de 2004. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004. Pág. 48.

³⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego y GORDILLO, Roberto. Art. Cit. Pág. 5, en la cual se aclara que con ese concepto se complementa y pone al día el análisis efectuado por López Medina en “*El derecho de los Jueces*”, Editorial Legis, Bogotá, 2001, capítulo 3.

³⁹ Sobre los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta* ver entre otras las siguientes providencias: SU-640/98 (M.P., Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-047 de 1999 (M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero), SU-168 de 1999, (M.P., Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-937 de 1999 (M.P., Dr. Álvaro Tafur Galvis), Auto A-016 de 2000 (M.P., Dr. Álvaro Tafur Galvis), T-961 de 2000 (M.P., Dr. Alfredo Beltrán Sierra), T-1003 de 2000 (M.P., Dr. Álvaro Tafur Galvis), T-022 de 2001 (M.P., Dra. Cristina Pardo Schlesinger), etc.

necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2° del artículo 230 de la Constitución.⁴⁰

LA TIPOLOGÍA DE NUESTRAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD:

La clasificación colombiana que presento, ha sido complementada con los estudios de los doctores Humberto Nogueira Alcalá, José Palomino Manchego, Alejandro Martínez Caballero, y Diego Eduardo López Medina⁴¹, y nos ha llevado a organizarlas de la siguiente manera :

1. Modulación tradicional.
 - a. Sentencias Estimatorias.
 - b. Sentencias Desestimatorias.
2. Modulaciones que afectan el contenido, o sentencias “manipulativas”:
 - a. Sentencias interpretativas o condicionales, con acogimiento o rechazo.
 - b. Sentencias integradoras o aditivas.
 - c. Sentencias sustitutivas.
 - d. Sentencias apelativas o exhortativas.
3. Modulaciones relativas al efecto temporal o prospectivas:
 - a. Sentencias de inconstitucionalidad retroactiva o ex tunc.
 - b. Sentencias con efecto pro futuro o ex nunc.
 - c. Sentencias de inconstitucionalidad diferida o de constitucionalidad temporal.
4. Modulaciones de *El Derecho de los Jueces*:
 - a. Sentencias fundadoras de línea.
 - b. Sentencias hito.
 - c. Sentencias confirmadoras de principio.
 - d. Jurisprudencia “Pop”.
5. Otros modelos de modulación:
 - a. Sentencias de control concreto de constitucionalidad.
 - b. Sentencias declarativas de inconstitucionalidad.
 - c. Sentencias de inconstitucionalidad por omisión.
 - d. Sentencias con efectos en el ámbito personal.
 - e. Sentencias atípicas.
 - f. Sentencias sobre omisiones legislativas.
6. Modelos específicos de la Corte Constitucional colombiana:
 - a. Sentencias de Unificación de Jurisprudencia.
 - b. Sentencias sobre el Mínimo Vital.

Veamos ahora sí cada una de las clasificaciones:

1. Modulación tradicional:

Las sentencias de la Corte Constitucional, como las demás de la Rama Judicial, se pueden clasificar en “estimatorias⁴²” y “desestimatorias”, según concepto de Palomino Manchego. Las primeras acogen la demanda. Las segundas, no les dan razón. Sin embargo, este es un esquema muy elemental de comprenderlas, pues cuando la Corte Constitucional expide una sentencia en materia de inconstitucionalidad de las leyes, eventualmente la declaración de inconstitucionalidad de ella, puede terminar ocasionando mayores inconstitucionalidades que las que busca remediar.

Las decisiones de la Corte Constitucional no tienen en Colombia mayores posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno, la única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el extraño procedimiento de nulidad del fallo constitucional el cual nunca ha prosperado. Como ya lo manifesté en otro libro, una vez expedido el fallo, si no es de nuestro gusto, debemos quejarnos ante “el mono de la pila”. Es por ello que, el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana sostuvo “*No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra*”.

⁴⁰ “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. En: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitución Política de Colombia -Comentada y Concordada-*, Sexta Edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2002. Pág. 616.

⁴¹ Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, LEGIS Editores, Bogotá, D.C., páginas 67 a 69.

⁴² Entre las estimativas, tenemos las sentencias de nulidad absoluta, las de incompatibilidad y las de efectividad diferida.

2. Modulaciones que afectan el contenido, o sentencias “manipulativas”:

Los distintos Tribunales Constitucionales han aportado al Derecho Comparado una de las cuales, se llaman “Manipulativas”, que comprende, a su vez, a las sentencias interpretativas o condicionales, a las integradoras o aditivas y a las sustitutivas. El principal argumento que las justifica, según la doctrina, es el principio de seguridad jurídica. *“Es decir, a fin de no crear un vacío legislativo, generador de mayor inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional opta por no expulsar la ley del ordenamiento, si es que esta ley, después de ser “manipulada”, puede ser entendida conforme a la Constitución. Teóricamente, esa posibilidad del Tribunal Constitucional de “manipular” la ley parte de la distinción entre “disposición” y “norma”, propia de la Teoría General del Derecho. Así, mientras que por “disposición” debe entenderse al enunciado lingüístico de un precepto legal, esto es, las letras y frases que integran un dispositivo legal; por “norma”, en cambio, se entiende el sentido o los sentidos interpretativos que de dicho enunciado lingüístico se puedan derivar. Evidentemente, el Tribunal Constitucional no manipula la disposición, que es una competencia exclusiva del legislador. Lo que manipula, son los sentidos interpretativos que de esa disposición se pueda extraer.”*⁴³

Desde esta perspectiva, las Modulaciones que afectan el contenido de la Sentencia, pueden ser entonces:

- a. **Sentencias interpretativas o condicionales, con agogimiento o rechazo**⁴⁴. En este tipo de decisiones, la Corte restringe el alcance normativo de la disposición acusada, ya sea limitando su aplicación, ya sea limitando sus efectos. Estas sentencias interpretativas suponen entonces que se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene una eficacia normativa de la misma, es decir, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulte conforme con ella, el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella. Se dice que es una sentencia manipulativa, pues después del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el texto de la norma subsiste con un criterio de interpretación constitucionalmente admisible, que probablemente no fue el deseado por el legislador. Es de lejos la técnica más usual. Ejemplo, sentencia C-702 de 1999 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente, doctor Fabio Morón Díaz.

En cuanto a las interpretativas estimativas o de acogimiento, consideran inconstitucionales ciertas interpretaciones del enunciado normativo, vale decir ciertas normas que surgen de la interpretación considerada inconstitucional, siendo tal o tales interpretaciones expulsadas del ordenamiento jurídico, aún cuando se mantiene inalterado el enunciado normativo del cual surgen dichas interpretaciones, como lo señala el profesor Nogueira Alcalá.

Por su parte, en las interpretativas desestimativas o de rechazo, el profesor Nogueira Alcalá dice que *surgen al establecer la interpretación conforme a la Constitución del enunciado normativo*. Aunque estos dos tipos de sentencias son, como señala Zagrebelsky, las dos caras de la misma medalla.

La Corte Constitucional de Colombia ha hecho uso muy frecuentemente de este tipo de sentencias, como la C-545 de 1992, la C-473 de 1994, la C-496 de 1994, entre otras, o la C-109 de 1995, última en la que se reconoce que expedir sentencias de interpretación conforme a la Constitución es una práctica arraigada en la tradición jurídica nacional proveniente de la Corte Suprema de Justicia, en los casos en que ella controlaba la constitucionalidad de las leyes bajo el imperio de la Constitución de 1886.

Las sentencias interpretativas o condicionales buscan entonces preservar la obra legislativa, eliminando sólo las eventuales interpretaciones y aplicaciones que puedan ser consideradas contrarias al orden jurídico. *Sólo cuando una norma no tiene ninguna interpretación conforme a la Constitución corresponde al tribunal constitucional respectivo expulsarla del ordenamiento jurídico*, concluye Nogueira Alcalá.

- b. **Sentencias integradoras o aditivas**. Son aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida que debería haber sido prevista por la ley para que esta fuera constitucional. En estas sentencias, la Corte no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional. Se incorpora un elemento nuevo al

⁴³ PALOMINO MANCHEGO, José. Ponencia citada.

⁴⁴ Ésta última es la denominación que les da el Tribunal Constitucional italiano: *accoglimento*, para acogimiento y *rigetto*, para rechazo .

enunciado normativo, extendiendo la norma para que asuma un supuesto de hecho no contemplado en sus inicios. En estos casos, el tribunal constitucional constata, en el fondo, una omisión legislativa, puesto que la regulación es inconstitucional, no por lo que expresamente ordena sino debido a que su regulación es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos, que eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución⁴⁵. Doctrinantes como Gaspar Caballero Sierra⁴⁶, han entendido que las decisiones aditivas, al igual que las sustitutivas (el dice “sustitutivas”), conforman dos partes diferentes: una inexequibilidad de la norma legal impugnada y otra reconstructiva, con lo que la Corte procede a dotar a esa misma disposición de un contenido diferente de conformidad con los principios constitucionales. También se da el caso de leyes incompletas que han servido de criterio para que la Corte Constitucional en su labor de examen de las disposiciones impugnadas, las adecue a través de sus sentencias a los principios y valores de la Carta, en cierta forma integrándolas o incluso, modificándolas, en lo que algunos han denominado, su actividad “paralegislativa”. Frente al estudio de estas Sentencias, la Corte se pregunta ¿Qué hacer? Y la respuesta es que, en los casos en que se presente, se declara que esa ley es inconstitucional “en la parte que no prevé”, y en consecuencia se suprime del precepto las letras o frases que introducen el elemento desigualitario.

Para Moreno Millán⁴⁷, son tres los fundamentos constitucionales de las sentencias integradoras: (i) el carácter normativo de la Constitución, (ii) efectividad de los principios y derechos consagrados en la Carta y, (iii) la función jurisdiccional de la Corte.

Para Humberto Nogueira Alcalá, este tipo de sentencias constituye la muestra mas clara del activismo judicial de los tribunales constitucionales, lo que supera su concepción tradicional de órganos que cumplen una función de expulsión de normas del ordenamiento jurídico y no de creador de ellas. Este tipo de sentencias son constitutivas, en la medida que ellas innovan en el ordenamiento jurídico.

Y por tanto, este tratadista considera que las sentencias aditivas adoptan dos modalidades: “A través de la primera, la omisión implicaba sólo una laguna, la que es cubierta por la labor interpretativa del Tribunal Constitucional. A través de la segunda modalidad, el Tribunal considera que una omisión derivada de la norma significa exclusión, por lo que la eliminación de la omisión implica incluir a aquellos que habían sido marginados o discriminados arbitrariamente con dicho precepto (sentencias integradoras)”⁴⁸.

Sobre este tipo de fallos, el mismo Nogueira Alcalá ha expresado que la *Corte Constitucional Colombiana* tuvo que estudiar las disposiciones normativas de una ley tributaria que imponía draconianas sanciones económicas a quienes no presentaran las declaraciones de renta en los lugares y momentos determinados por la administración tributaria. La parte demandante consideró que la norma imponía una responsabilidad objetiva que impedía al contribuyente demostrar que la omisión de tal obligación tributaria se producía por una fuerza mayor o un caso fortuito. La Corte Constitucional, en sentencia C-690 de 1996, acogió el criterio de la demandante, considerando que es contrario a la Constitución, y en especial a los principios de responsabilidad subjetiva, equidad tributaria e igualdad, que se sancione a una persona que ha estado imposibilitada de presentar la declaración de renta, declarando la constitucionalidad de las disposiciones normativas acusadas, pero en el entendido que las autoridades administrativas y judiciales deben “*permitir a la persona demostrar que el no cumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria no le es*

⁴⁵ Sobre el particular, ver, por ejemplo, las Sentencias C-109 de 1995 y C-690 de 1996 de la Corte Constitucional.

⁴⁶ CABALLERO SIERRA, Gaspar. “*Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios*”, publicado en: *Jurisdicción Constitucional en Colombia -La Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y Perspectivas*. Edición de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y de la Fundación “Konrad Adenauer”, Bogotá, D.C., febrero de 2001.

⁴⁷ MORENO MILLÁN, Franklyn. *La Jurisprudencia Constitucional como Fuente del Derecho*. Editorial LEYER, Bogotá, D.C., 2002, página 65.

⁴⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. #2, julio-diciembre de 2004. Editorial Porrúa, México, página 92. También publicada en: CD de Memorias del II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Derecho Constitucional. San José de Costa Rica, julio de 2004.

*imputable, por ser consecuencia de hechos ajenos a la voluntad, como el caso fortuito y la fuerza mayor*⁴⁹.

c. Sentencias sustitutivas. Las sentencias sustitutivas se desarrollaron en Italia, hacen referencia a aquellos eventos en donde la Corte expulsa del ordenamiento jurídico una disposición acusada, y sustituye el vacío normativo por una regulación específica, que tiene raigambre constitucional directa. En cierta medida, estas sentencias son una combinación de sentencia de inconstitucionalidad y sentencia integradora, ya que anulan el precepto acusado a través del fallo de inexecutable, con lo cual generan un vacío de regulación, que se llena por medio de un nuevo mandato que la sentencia adiciona o integra al ordenamiento.⁵⁰ *Decisiones como estas han planteado el problema de la legitimación de la Corte Constitucional para llenar vacíos normativos, que en principio deberían corresponder al legislador pero que por imperativo constitucional debe aquélla subsanar como especificadora de los derechos, puesto que el control de constitucionalidad debe estar siempre sujeto al espíritu y a los valores supremos de la Carta, según Caballero Sierra*⁵¹.

Nuestro ya citado Profesor Nogueira Alcalá, en su estudio “*Sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur*”, analizó un caso que nos atañe y es el de la Sentencia C-113 de 1993, que revisó el Decreto 2067 de 1991 (“Mini -código” del Procedimiento ante la Corte Constitucional), por medio de la cual, esta Alta Corporación “*declaró inconstitucional la disposición que precisaba taxativamente los casos donde la Corte podía otorgar efecto retroactivo a sus fallos. La Corte Constitucional, en la sentencia citada, fuera de declarar inconstitucional el artículo referido, ya que los efectos de los fallos del Tribunal no podían ser regulados por ley, siendo una competencia propia de la Constitución o, en su defecto, de la propia Corte Constitucional, determinando, además que, conforme a la Constitución, correspondía a la propia Corte Constitucional determinar libremente los efectos de sus fallos*”.⁵²

d. Sentencias apelativas o exhortativas. Son el resultado de la constatación de situaciones aun constitucionales, donde se hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por la Corte, con la consecuencia adicional que si ello no ocurre, el Tribunal aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva.

Una más extensa explicación es la de Nogueira Alcalá⁵³, para quien estos fallos van desde un simple consejo al legislador, hasta fórmulas mas coactivas, que llaman al legislador a regular una materia establecida en la Constitución.

Bajo esta denominación de Sentencias Exhortativas, dice Nogueira Alcalá, puede agruparse un conjunto de sentencias que establecen recomendaciones o directrices al órgano legislativo, llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional, de no hacerlo así el legislador podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva.

Estas sentencias limitan la libertad de configuración del orden jurídico que desarrolla el legislador, ya que advierten la existencia de una situación jurídica que no es aún de inconstitucionalidad si actúa diligentemente el legislador para cubrir el eventual estado de inconstitucionalidad o para superar la situación producida producto del desarrollo o evolución científico o técnico, que exige una adecuación a la nueva realidad. Y, en algunos casos, las Sentencias Exhortativas llevan también aparejadas lo que la doctrina denomina *bloqueo de aplicación*, consistente en que la norma es inaplicable a los casos concretos que dieron lugar al examen de constitucionalidad, quedando suspendidos los procesos hasta la entrada en vigencia de la nueva normativa que regulan las respectivas situaciones.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-690 de 1996. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁰ En la Sentencia C-113 de 1993, cuando la Corte estudió el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, declaró la inconstitucionalidad de ese artículo, al considerar que la ley no podía regular los efectos de los fallos del tribunal constitucional, pues esa era una atribución propia de la Constitución o, en su defecto, de la misma Corte Constitucional. Se estableció además un contenido sustituto para la norma, puesto que señaló que, conforme a la Constitución, correspondía exclusivamente a la propia Corte fijar libremente los efectos de sus fallos.

⁵¹ CABALLERO SIERRA, Gaspar. Op. Cit., página 415.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-690 de 1996. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁵³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Artículo citado, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, página 97.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-436 de 1994⁵⁴, ha justificado este tipo de pronunciamientos al decir que *“Con esta modalidad de exhorto, esta Corporación no está, en manera alguna, desbordando su competencia o invadiendo la órbita de actuación del Congreso. Por el contrario, el profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo es lo que explica que la Corte se haya abstenido de delimitar materialmente el concepto de servicios públicos esenciales... El exhorto no debe, entonces, ser visto como una ruptura de la división de poderes son como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado... Además, este tipo de exhorto no es en manera alguna innovación doctrinaria de esta Corte o de esta sentencia, sino que éste surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquélla que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del legislador.”*

3. Modulaciones relativas al efecto temporal o prospectivas:

Según el estudio de Nogueira Alcalá, sobre efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los tribunales constitucionales no hay una sola posición y los ordenamientos jurídicos toman parte por darle mayor fuerza a la supremacía constitucional o a la seguridad jurídica, tratando de buscar un cierto equilibrio entre ambos principios, al respecto, así en el derecho comparado, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, entre otros, los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras en Alemania, Bélgica, España, Portugal, se consideran los efectos *ex tunc* como regla general. En el ámbito sudamericano, existe también una heterogeneidad de criterios en la materia como lo muestran las respectivas legislaciones que encuadran la actividad de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-221 de 1997 justificó las sentencias prospectivas señalando que *“la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía mas inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales.”*

a. Sentencias de inconstitucionalidad retroactiva o ex tunc. La Corte puede modular los efectos temporales de su decisión y, en casos excepcionales puede retrotraer los efectos de las sentencias a situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma declarada inconstitucional⁵⁵. Estos fallos pueden producir ciertos problemas de seguridad jurídica al afectar situaciones jurídicas y derechos adquiridos consolidados y efectos jurídicos ya producidos, como lo exige el principio de seguridad jurídica, ya que tienen efectos en Colombia desde la adopción de la decisión en Sala Plena, así no se conozca el texto del fallo. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana hay diversas sentencias que han determinado efectos *ex tunc*, así ocurrió con el fallo C-149 de 1993, en que la ley 6 de 1992, había establecido un impuesto retroactivo, el que fue declarado inconstitucional, pero como muchos contribuyentes ya habían cancelado el gravamen, se ordenó la devolución inmediata de las sumas canceladas en los Bonos de Guerra, ya citados. En otros casos, la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable del decreto con fuerza de ley desde el momento mismo en que se había declarado la inexecutable del decreto que había establecido el respectivo Estado de Excepción de Emergencia, como es el caso de la Sentencia C-187 de 1997. Asimismo, en fallo C-619 de 2003, se determinó que el efecto del fallo que resolvió la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 900 de 2003, que había sido dictado por el gobierno en virtud de un Estado de Excepción Constitucional prorrogado declarado inconstitucional por el propio Tribunal en sentencia C-327 de 29 de abril de 2003, tenía el carácter de determinar la pérdida de vigencia del mismo desde el momento de su expedición⁵⁶.

b. Sentencias con efecto pro futuro o ex nunc. Siguiendo el modelo kelseniano o austriaco, las decisiones de inexecutable pueden tener efecto pro futuro, e implican que apenas es notificada la sentencia, la disposición sale del ordenamiento pero no modifica las situaciones consolidadas durante

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-436 de 1994.

⁵⁵ Se presentó un caso que tuvo luego grandes consecuencias y es que la Corte declaró inexecutable la norma que obligaba a suscribir unos Bonos de Seguridad Ciudadana, conocidos como los “Bonos de Guerra” y el Estado tuvo que devolver a los contribuyentes lo aportado, avocándose una nueva reforma tributaria. Este es el precio de la relación entre la Corte Constitucional y el legislador, que resulta más compleja de lo que se deriva de la simple definición de sus funciones como un legislador negativo, o como un sustituto positivo del legislador, como lo afirma el doctor Gaspar Caballero Sierra en su estudio citado, páginas 409 a 426.

⁵⁶Cfr. Sentencia C- 619 de 2003 en Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano N°3, Madrid, Universidad Carlos III. **Página** <http://77www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JC/revista-03-jur-col5.htm>

la vigencia de la norma acusada⁵⁷. Un tribunal constitucional puede ir incluso más allá y determinar un período de transición para evitar serios inconvenientes a la estabilidad económica y política de la sociedad, lo que no resulta ilógico, siempre y cuando, en aplicación del principio de razonabilidad, se sustente tal tipo de disposición y se establezca un plazo de vigencia razonable, como lo expresa Paul Rueda Leal⁵⁸. Esta clase de resolución fue literalmente inventada por la jurisprudencia constitucional alemana hace más de cuarenta años debido a razones de eminente necesidad práctica. La doctrina se encuentra dividida en cuanto a su aceptación. La crítica más dura consiste en preguntar si resulta jurídicamente posible exigirle al ciudadano afectado por una norma inconstitucional, soportar los efectos de ella a pesar de su inconstitucionalidad. En respuesta, se ha dicho que se debe distinguir entre justicia subjetiva y objetiva. Desde el segundo punto de vista, existen ocasiones en que el bien de la sociedad obliga a un cierto sacrificio particular. El artículo 45 de la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia* de Colombia determina que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control “*tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario*”, norma que fue declarada exequible, por la Sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 1996, precisando que “*Los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución –que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es, retroactivos- y el respeto a la seguridad jurídica –que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro-.*”

c. Sentencias de inconstitucionalidad diferida o de constitucionalidad temporal. En estos casos, la Corte ha constatado la inconstitucionalidad de una regulación, pero se ha abstenido de anularla, pues ha considerado que el vacío normativo genera una situación muy compleja, por lo cual es necesario que el Legislador corrija la situación⁵⁹. El argumento más común en este tipo de sentencia consiste en evitar que como consecuencia de un fallo de anulación, se genere una situación aún más perjudicial para la estabilidad política y social de un país, que la que está produciendo la situación inconstitucional impugnada. Por ejemplo, la posibilidad de que una ley, a pesar de su inconstitucionalidad, se mantenga vigente durante un cierto período a fin de evitar las graves consecuencias que su repentina anulación podría suscitar. Esto permite lo que la jurisprudencia alemana ha llamado “*una afable transición*” de la declarada situación de inconstitucionalidad al estado de normalidad. En el caso de las sentencias de efectividad diferida, como sí poseen sustrato normativo, el vencimiento del plazo para la emisión de la normativa reparadora tiene como consecuencia la nulidad de la norma impugnada con efectos *ex nunc*, sin importar las consecuencias materiales que importe, pues el legislador dejó pasar el tiempo que le confirió el tribunal constitucional.

La Corte estableció por vía jurisprudencial un test para justificar este tipo de sentencias, que se basa en los siguientes puntos contenidos en la Sentencia C-737 de 2001⁶⁰: (i) la Corte debe justificar esta modalidad de decisión; (ii) debe aparecer claramente dentro del expediente que la expulsión simple afecta más valores que resultan vulnerados con este tipo de fallo; (iii) el tribunal debe explicar por qué recurre a este tipo de decisión y no a una sentencia integradora y, (iv) se debe justificar el plazo conferido.

4. Modulaciones de *El Derecho de los Jueces*:

a. Sentencias fundadoras de línea. *Generalmente son fallos proferidos en los años 91-92⁶¹, en los que la Corte aprovecha sus primeras sentencias de revisión para hacer enérgicas y muy amplias interpretaciones de derechos constitucionales. Son sentencias usualmente muy pretenciosas en*

⁵⁷ Según el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, inciso 2º, los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.

⁵⁸ RUEDA LEAL, Paul. *Fundamento Teórico de la Tipología de Sentencias en Procesos de Constitucionalidad*. En: Memorias II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional. San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004. CD-ROM.

⁵⁹ Esto ocurrió particularmente al expedirse la Sentencia C-700 de 1999 que anuló en su totalidad el sistema UPAC para la financiación de vivienda, por cuanto la regulación correspondía al legislador y había sido expedida por el Ejecutivo.

En el caso particular colombiano, según Gaspar Caballero Sierra, en su artículo citado, página 414, existen deberes de protección que van más allá de la protección general del ciudadano, tales como el bien jurídico de la vida, que exigen determinadas obligaciones de mejora por parte del legislador y que éste no ha realizado por lo que la Corte Constitucional en los casos que deba actuar necesariamente tiene que acudir a nuevos parámetros decisorios, no frente a regulaciones excesivas, sino frente a regulaciones insuficientes y a veces inexistentes por parte del legislador.

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-737 de 2001.

⁶¹ Este período es un error de Diego López, ya que la Corte Constitucional fue instalada el 17 de febrero de 1992 por el Presidente César Gaviria, así hubiese sido creada con la Constitución de 1991. La primera Sentencia expedida (T-001 de 1992), data del 3 de abril de dicho año y tuvo como ponente al Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

materia doctrinaria y en las que se hacen grandes recuentos de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio. Son, por sus propósitos, sentencias eruditas, a veces ampulosas y casi siempre largas, redactadas en lo que Llewellyn llamaba *grand style*. Se apoyaban en el vacío jurisprudencial existente para consagrar visiones reformistas de la sociedad colombiana. Algunas de estas sentencias consagraban, en consecuencia, posiciones utópicas e incluso contra-sistémicas. Su energía política se derivaba de la refundación constitucional de 1991, en una época temprana en que la energía de la nueva creación política todavía corría tumultuosa por los círculos políticos. Con frecuencia desconcertante estas sentencias provienen de la pluma de Ciro Angarita, el magistrado que mejor se identifica con el pathos de renovación de la Carta del 91. Las características de estas sentencias, por otra parte, hacen que estén plagadas de dicta y que, debido a su energía reformista, expresen balances constitucionales sin vocación de permanencia dentro de la jurisprudencia. Estas dos características hacen que estas sentencias sean documentos de la mayor importancia pero que no contengan, en la mayoría de los casos, los balances constitucionales actualmente vigentes.

b. Sentencias hito. Son aquéllas en las que la Corte trata de definir con autoridad una **sub-regla** de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre ratio y obiter, y otras técnicas análogas. Son, usualmente, sentencias ampliamente debatidas al interior de la Corte y es más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de magistrados disidentes. Las sentencias de unificación (SU) usual, pero no necesariamente, son sentencias hito. Es importante notar, igualmente, que las sentencias SU no son, a priori, estructuralmente más importantes que sentencias normales de revisión (T-) dentro de la línea. El peso estructural de la sentencia dentro de la línea tiene que ser apreciado en concreto por el investigador.

c. Sentencias confirmadoras de principio. Son aquellas que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones, a un caso nuevo, del principio o ratio contenido en una sentencia anterior. Con este tipo de sentencias lo jueces descargan su deber de obediencia al precedente. La mayor parte de sentencias de la Corte son de este tipo, mientras que las sentencias hito o las sentencias fundadoras de línea constituyen una proporción relativamente muy pequeña del total de la masa decisional.

d. Jurisprudencia “Pop”. Esta nueva clasificación de Diego López, un poco “pop”⁶², surge en su texto *“Teoría impura del derecho. La transformación e la cultura jurídica latinoamericana”*⁶³, como una tendencia propia de López que busca recrear una forma de ver la jurisprudencia con una clara arqueología y exige la reivindicación de la teoría local o particular del derecho, desde una concepción perspectivista y difusionista. Para esto, López Medina realiza un breve recuento de los estratos formativos de los que es consciente: “*primero, el trabajo de Savigny fue pionero en su esfuerzo de definir una teoría legal que no fuera una mera continuación de posiciones filosóficas generales. La reflexión de Savigny muestra que la teoría legal puede ser importante y autónoma puesto que hay objetos dentro de ella que ameritan atención por sí mismos. La jurisprudencia pop, entonces, participa del desplazamiento de la filosofía del derecho hacia la teoría jurídica logrado en el nacimiento, en Alemania, de una Methodenlehre (una ciencia de métodos jurídicos). Ver P. Casanovas y J.J. Moreso, El Ámbito de lo Jurídico, Crítica, Barcelona (1994) p. 8. En segundo lugar, y en cierta forma paralelo a las preocupaciones de Savigny, François Gény insiste en el hecho de que la filosofía legal no debería ser “filosofía profesional” sino “filosofía progresiva del sentido común” (...) filosofía del derecho en el sentido de crítica filosófica de la ciencia del derecho, siguiendo el modelo de crítica en las varias ciencias naturales y sociales, y por consiguiente llevada a cabo “en términos propios de la misma”. La philosophie du sens commun progressif « nace espontáneamente de la reflexión atenta y se pule a sí misma por medio de una continua integración de elementos de la experiencia colectiva”. François Gény, Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique 73 Sirey, Paris, (1912). Esta manera de ver la filosofía del derecho como una « filosofía de la acción » (Gény, *ibid*, p. xiv) está cercanamente relacionado con la “filosofía experimental” de Dewey y probablemente con la “sociología reflexiva” de Bourdieu. Savigny y Gény son, sin embargo, ejemplos más bien raros dentro del pensamiento jurídico europeo en donde el pensamiento abstracto sigue siendo el estándar corriente. Para ellos el punto esencial es poder*

⁶² Dícese de un cierto tipo de música ligera y popular derivado de estilos musicales negros y de la música folclórica británica. En: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, Tomo II, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1994, página 1639.

⁶³ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Universidad de los Andes – Universidad Nacional de Colombia – LEGIS Editores S.A., Bogotá, D.C., primera reimpresión, mayo de 2004, páginas 30 y 31.

relacionar la teoría y la práctica jurídicas: para Savigny lo importante era poder estar en posesión de “verdadera experiencia”. Para tener una “experiencia verdadera es necesario tener siempre un conocimiento claro y vivido del todo, para poder comprender efectivamente en su totalidad el caso particular: sólo el teórico puede lograr que la práctica sea fructífera e instructiva”. Savigny, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Heliasta, Buenos Aires (1977) p. 142. Gény, mientras tanto, rechaza la noción según la cual “la teoría no tenga influencia en el desarrollo verdadero de la práctica jurídica (...) la alternativa no es sacrificar la práctica por la teoría. La pregunta es si la práctica ilustrada no logra sus metas con gran certeza y de forma más completa que la práctica ciega (...) cuando la pregunta se hace de esta manera, no puede haber duda respecto a la respuesta”. Gény, *Science* p. xiv. En la jurisprudencia angloamericana, por otra parte, la idea de “jurisprudencia pop” está vagamente inspirada en la insistencia de Llewellyn de identificar el “estilo” de una época mediante la lectura de la literatura por ella producida. Luego de Llewellyn muchos otros iustéoricos insisten, implícita o explícitamente, en desarrollar la teoría jurídica con el propósito, no de construir la erudición del estudiante, sino de ofrecer un análisis puntual de la cultura jurídica dominante...”.

5. Otros modelos sin modulación:

a. Sentencias de control concreto de constitucionalidad. Según Nogueira Alcalá, ya citado⁶⁴, los tribunales constitucionales que conocen del control concreto de constitucionalidad a través de cuestiones o de recursos específicos, así como los demás órganos de la estructura del Estado, quedan vinculados por las sentencias de la Corte desde que tienen conocimiento de tal decisión y las partes desde que son notificadas del respectivo fallo. En el caso de las sentencias sobre cuestiones de inconstitucionalidad, tienen valor de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y tienen efectos generales. A su vez, las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad en control concreto impiden cualquier planteamiento ulterior por la misma vía fundado en la infracción del mismo precepto constitucional.

b. Sentencias declarativas de inconstitucionalidad. Esta técnica se usa para declarar el precepto legal como inconstitucional, o declarar la incompatibilidad de la norma con la Carta Fundamental, sin determinar la razón de la anulación de dicha norma, lo que otorga al legislador la oportunidad de modificar la norma declarada inconstitucional, manteniendo abierta la posibilidad de que éste configure la norma libremente dentro de los parámetros constitucionales, como ocurre en Alemania.

c. Sentencias de Inconstitucionalidad por omisión. Esta clasificación de inconstitucionalidad por omisión absoluta o relativa, fue dada por el doctor Paul Rueda Leal⁶⁵, Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

La omisión absoluta se presenta, por ejemplo, cuando el legislador no ejecuta del todo un mandato constitucional. Y, la omisión relativa se da, por ejemplo, cuando tal mandato se ejecuta parcialmente, de manera que solo aquello que falta, constituiría la inconstitucionalidad. No quiero ahondar en la controvertida definición de una omisión relativa, por la evidente dificultad de determinar hasta que tanto se trata de una acción defectuosa, en vez de una omisión parcial.

d. Sentencias con efectos en el ámbito personal.

En lo referente a los efectos del fallo respecto de las personas, las sentencias de los tribunales constitucionales y específicamente en el caso colombiano pueden tener *efectos inter partes*, lo que ocurre en la acción de tutela revisada, afectando la sentencia sólo a las partes que han actuado en el respectivo proceso; o pueden tener *efectos erga omnes*, si la decisión es vinculante respecto de todos, lo que otorga a la sentencia una fuerza similar a la que detenta el poder legislativo, pero de carácter inverso, al eliminar el precepto normativo del ordenamiento jurídico. Este es el efecto de las sentencias de los tribunales constitucionales de Colombia, donde las sentencias sobre acciones, revisión previa y control automático y obligatorio de constitucionalidad de preceptos legales⁶⁶; Bolivia respecto de las sentencias en recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad⁶⁷;

⁶⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales* En: *Jurisdicción Constitucional en Colombia -La Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y Perspectivas*. Edición de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y de la Fundación "Konrad Adenauer", Bogotá, D.C., febrero de 2001, páginas 374-375.

⁶⁵ RUEDA LEAL, Paul. *Ponencia citada*.

⁶⁶ Cfr. Artículo 47 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley N° 270 de 1996) y 21 del Decreto 2067 de 1991.

⁶⁷ Cfr. Artículo 58 de la Ley del Tribunal Constitucional.

Ecuador, respecto de las acciones de carácter directo y abstracto⁶⁸; Perú, respecto de las acciones abstractas y directas⁶⁹; y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela⁷⁰, siguiendo el estudio del profesor Humberto Nogueira Alcalá, ampliamente citado.

e. Sentencias atípicas.

También es una categorización de Nogueira Alcalá, para quien *“La Constitución Política no es sólo un conjunto de normas superiores del ordenamiento jurídico, sino que expresa un orden de valores que debe ser realizado por los operadores jurídicos y políticos de ella. A su vez, los enunciados constitucionales por regla general tienen un alto nivel de abstracción y admiten diversos desarrollos alternativos que pueden ser adoptados en base al principio democrático, a través de la posible alternancia en el poder de las fuerzas políticas que se suceden en el tiempo, todo ello por los medios definidos y regulados por la Carta Fundamental. Esta perspectiva de textura abierta de los preceptos constitucionales obliga a una interpretación de ella conforme con sus valores y principios en un sentido unitario y sistemático, buscando asegurar y garantizar al máximo posible, el pluralismo y la libertad del legislador en la configuración legal de la vida social y política, pudiéndose consultar a Zagreblesky..”*

La justificación doctrinal de las sentencias atípicas tiene por base el principio de conservación de las normas legislativas que fundamenta la posibilidad de una intervención positiva y no solo negativa del Tribunal Constitucional, posibilitando el salvar de la norma legislativa, otorgando además certeza jurídica y aplicación uniforme del derecho, aplicando principios constitucionales y una interpretación sistemática y finalista. Por otra parte, a los tribunales constitucionales corresponde la tarea de realizar el principio de legitimidad constitucional que exige de los tribunales una cada vez mayor conformidad del sistema normativo a los valores y principios constitucionales, los cuales debe tender a concretar a través de sus funciones jurisdiccionales, especialmente en aquellos ordenamientos como el chileno, donde existe el mandato constitucional imperativo no sólo de asegurar sino de promover los derechos fundamentales (artículo 5° inciso 2°), lo que otorga a la jurisdicción constitucional una visión flexible del binomio constitucionalidad-inconstitucionalidad, admitiendo modulaciones, grados y ponderaciones, siendo al Tribunal Constitucional a quién corresponde, con prudencia, elegir en cada caso, dentro de los distintos grados de conformidad del ordenamiento jurídico a la Constitución.

f. Sentencias sobre omisiones legislativas.

La inconstitucionalidad por omisión tiene dos variantes básicas identificadas por Nogueira Alcalá: la *inconstitucionalidad por retardo* y la *inconstitucionalidad por negación*⁷¹.

La *inconstitucionalidad por retardo o mora*, resulta de la inercia de la autoridad para establecer la norma legal o general respectiva. El caso mas conocido y frecuente es el retardo del legislador para dictar las leyes de desarrollo constitucional para organizar y regular poderes públicos u órganos constitucionales o para desarrollar y regular cláusulas que no tienen carácter autoejecutivas de la Carta Fundamental.

La *inconstitucionalidad por negación o por omisión relativa*, existe cuando el órgano estatal no efectiviza el mandato constitucional, por ejemplo, cuando el legislador sanciona la ley, pero lo hace incorrectamente, no regulando algunas hipótesis que debe regular o dejando lagunas en la legislación, excluyendo a un grupo del ejercicio de un derecho o negándole arbitrariamente la protección de sus intereses.

En el ámbito de los derechos fundamentales, continúa Nogueira Alcalá, *puede sostenerse que hay inconstitucionalidad por omisión del legislador cuando la concreción legislativa es condición imprescindible para el desarrollo y ejercicio del derecho asegurado constitucionalmente y cuya omisión de parte del legislador daña su contenido esencial. El legislador no puede con su inactividad mas allá de plazos razonables negar el ejercicio de derechos fundamentales asegurados constitucionalmente, por que de él no depende su existencia, la no regulación oportuna de los derechos fundamentales en su contenido esencial es equivalente a la negación del ejercicio del derecho.*

⁶⁸ Cfr. Artículo 22 de la Ley de control constitucional de 1997.

⁶⁹ Cfr. Artículo 204 de la Constitución peruana de 1993.

⁷⁰ Cfr. Artículo 336 de la Constitución Venezolana de 1999.

⁷¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Artículo citado, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, página 101.

En las últimas décadas, la Corte Constitucional Colombiana ha sido uno de los tribunales constitucionales de América del Sur más activos en materia de determinación de omisiones legislativas inconstitucionales. Ya en sentencia de 1996, la Corte Constitucional consideraba omisión legislativa “*todo incumplimiento por parte del legislador de un deber de acción expresamente señalado por el constituyente*”.⁷²

6. Modelos Específicos de la Corte Constitucional colombiana:

a. Sentencias o fallos de Unificación de Jurisprudencia⁷³, los cuales buscan garantizar los siguientes altos **objetivos**:

- Asegurar la efectividad de los derechos y colabora así en la realización de la justicia material -artículo 2° Superior-.
- Procurar exactitud.
- Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces -artículo 83 Superior-.
- Unificar la interpretación razonable y disminuye la arbitrariedad.
- Permitir estabilidad.
- Otorgar seguridad jurídica materialmente justa.
- Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales.

Sin embargo, vale la pena indicar que las Sentencias de Unificación (SU), pese a su nombre no han contado con el sano propósito de unificar eventuales discrepancias entre la jurisprudencia proferida por las diversas salas de revisión de tutela en la Corte. Sin embargo, a la luz de un estudio sobre el particular⁷⁴, si reflejan fallos de alguna trascendencia, ya que la decisión de llevar un proyecto de sentencia ante la Sala Plena, por solicitud de algún magistrado, puede deberse a la necesidad de unificar la jurisprudencia, a que éste representa un posible cambio de jurisprudencia o a que, como dice el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, “*la trascendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados*”.⁷⁵

Por otro lado, cabe señalar que cuando se trata de cumplir⁷⁶ fallos simples de tutela (T), e incluso, Sentencias de Unificación (SU), el valor de sus efectos es *inter partes*, es decir que sólo surtirán efectos en el caso concreto y deberán estas ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543 de 1996.

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL. Reglamento. **Artículo 54-A. Revisión por la Sala Plena.** Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la trascendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena.

En tal evento, el magistrado ponente registrará en la Secretaría el proyecto de fallo respectivo y se procederá a cumplir el mismo trámite previsto por el artículo 53 del Reglamento de la Corporación para el cambio de jurisprudencia, en materia de sentencias de revisión de tutela. (Acuerdo 01 de 31 de octubre de 1996).

⁷⁴ Cfr. *Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho al mínimo vital*. Directores Rodolfo Arango y Juliana Lemaitre. Estudios Ocasionales CIJUS, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, D.C., 2002, página 58.

⁷⁵ Del estudio citado en la nota anterior, se extracta que del análisis de la labor unificadora de las sentencias SU no se puede observar en todos los casos un desarrollo jurisprudencial innovador que de origen a líneas más o menos definidas, pues, pues las sentencias de este tipo, en muchos casos, se limitan a aplicar precedentes existentes a casos considerados de gran importancia, (por ejemplo la Sentencia SU-250/98, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero, en la que simplemente se aplica doctrina previamente sentada por la Corte sobre improcedencia de la tutela para obtener el reintegro de una persona a un puesto de trabajo determinado), y en otros casos, limitan la posibilidad de utilizar las sentencias SU como precedentes judiciales de amplio espectro de utilización, (por ejemplo la Sentencia SU-225/98, M.P., Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que solicita una vacunación contra la meningitis por parte de padres de familia en un hogar comunitario).

⁷⁶ COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto-Ley 2591 de 1991 (noviembre 19).

Artículo 52. Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiese señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.

Artículo 53. Sanciones penales. El que incumpla el fallo de tutela o el juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este Decreto incurrirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las sanciones penales a que hubiere lugar.

También incurrirá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivó la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado en proceso en el cual haya sido parte.

necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta, según el artículo 36 del decreto-Ley 2591 de 1991, sin que haya obstado para la existencia de varias cláusulas en la Corte Constitucional, que de acuerdo con las inquietudes de los magistrados, se incorporaron a sus decisiones.

b. Sentencias sobre el Mínimo Vital:

Otro caso para buscar que no se deje sin efecto una decisión de la Corte Constitucional, se remite a lo que el profesor Mauricio García Villegas⁷⁷ llama una “acción de cumplimiento *sui generis*”, prácticamente referida a las decisiones sobre el mínimo vital, donde el accionante de una tutela ya tiene un título que le permite exigir la acción del Estado y sin embargo hay un incumplimiento contractual que hace que en efecto no se le entreguen los recursos, y esta inacción pone en peligro la subsistencia del accionante. La Corte lo que hace en la mayoría de los casos es permitirle a estas personas que, en virtud de la urgencia, exijan el cumplimiento⁷⁸ a través de la acción de tutela, mucho más rápida y efectiva, y menos costosa que la vía ordinaria.

En otro escrito acerca de los test de la Corte, incluimos las subreglas que sobre el mínimo vital se desprenden de los fallos de la Corte Constitucional.

7. Procedimiento para declarar la incompatibilidad normativa:

El profesor Nogueira Alcalá⁷⁹ dice que las razones por las cuales una Corte o Tribunal Constitucional sólo declara la incompatibilidad de una norma con la Constitución, puede deberse a varias razones, con las cuales, nos estamos adelantando al capítulo de interpretación constitucional:

- a. Si se declara la nulidad de la disposición legal por inconstitucionalidad, podría dejarse sin fundamento jurídico prestaciones laborales, o de seguridad social o remuneraciones, si dichas disposiciones legales constituyen la columna vertebral de dicha legislación;
- b. Cuando se produjere un caso en que la nulidad de la ley genere una situación que es más incompatible con el ordenamiento constitucional que su permanencia;
- c. Cuando el Tribunal desea conservar la facultad de legislador para configurar algunas alternativas constitucionales viables con legislación complementaria, que permitiría superar la situación de actual vicio de constitucionalidad del precepto legal;
- d. Cuando hay cambio significativo de la valoración jurídico-constitucional de la posición del Tribunal Constitucional a través de sus últimas sentencias sobre la materia.

CONCLUSIÓN:

En mérito de lo expuesto, sobre la jurisprudencia y los tipos de sentencias, considero que la expresión “resolución judicial” se incluye dentro de ellas como sinónimo y que no vulnera el principio afincado en el artículo 29 Superior, por tanto, conceptúo ante su Despacho en la Magistratura Constitucional, que que NO debe prosperar la pretensión de inconstitucionalidad contra el artículo 153 de la Ley 769 de 2002, promovida por el ciudadano Ricardo Perilla Uribe, ante la H. Corte Constitucional.

Del H. Magistrado Henao Pérez, con todo respeto,

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA

Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

C.C. 6.776.897 de Tunja

T.P. 57752 del C.S. de la J.

⁷⁷ GARCÍA, Mauricio. *Derechos Sociales y Necesidades Políticas*. En: DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA, Mauricio. *El Caleidoscopio de la Justicia en Colombia*. Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra, Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, D.C., 2001.

⁷⁸ “...la regla de la exigibilidad judicial de los derechos sociales se limita a aquellas situaciones de urgencia donde 1) si el Estado no interviene, garantizando un derecho social, se afecta gravemente el derecho a la subsistencia, vida o vida digna y 2) el Estado tiene, o debería tener, los medios para intervenir y esta intervención, en principio, se ha considerado ya una prioridad de inversión por parte del ejecutivo y el legislativo.” En: *Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho al mínimo vital*. Directores Rodolfo Arango y Juliana Lemaitre. Estudios Ocasionales CIJUS, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, D.C., 2002, página 81.

⁷⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales* En: *Jurisprudencia Constitucional en Colombia -La Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y Perspectivas*. Edición de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y de la Fundación “Konrad Adenauer”, Bogotá, D.C., febrero de 2001, página 376.