

Bogotá, D.C., marzo 27 de 2009.

Señor Doctor
MARCO GERARDO MONROY CABRA
Presidente
Academia Colombiana de Jurisprudencia
Ciudad.

Referencia: Respuesta a la pregunta ¿Qué se entiende por reiterada jurisprudencia?, es decir, ¿cuántos pronunciamientos debe tener un asunto?

Respetado Señor Presidente:

Mediante la presente, me permito contestar la consulta incoada por vía electrónica el 19 de noviembre de 2008 por la señora María del Pilar (sin apellido) mapila2000@hotmail.com, residente en la Diagonal 77 B # 116- b – 55, teléfono 4348122 de Bogotá, D.C., asignada al suscrito mediante oficio del Secretario General de la Academia el pasado 28 de noviembre de 2008.

La consulta dice así:

Buenas tardes, quisiera encontrar el fundamento que establezca formalmente qué se entiende por reiterada jurisprudencia, es decir, cuántos pronunciamientos debe tener el asunto, etc. Mil gracias.

Paso entonces a dilucidar algunas dudas sobre el particular:

Para contestar a la solicitante, expresamos que 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.

Sin embargo, ésta monografía surgió cuando una persona se dirigió a la Academia Colombiana de Jurisprudencia solicitando respuesta a dos inquietudes, que motivaron dedicarnos un poco largo al tema: ¿Qué se entiende por reiterada jurisprudencia? y, ¿Cuántos pronunciamientos debe tener un asunto?

a. ¿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*

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, página 4.

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.”²

b. ¿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.

La expresión “podrán”, incluida en el texto, según doctrinantes como Carlos Bernal Pulido³, 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-836⁴ 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.

En la Sesión de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en la cual se discutió el presente Concepto con Autoridad 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.

Otro aspecto que se consideró fue el pertinente a los “Proyectos de Reforma” en materia procesal. Desafortunadamente, no obstante haberse anunciado su existencia por varios académicos, no fue para mí posible conseguirlos, por tanto, no puedo llegar a pronunciarme sobre la posible enmienda al Código Civil, en el sentido de exigir no sólo tres sino cinco pronunciamientos conformes para reiterar la jurisprudencia en materia de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa.

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

Sin embargo, 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

² TARUFFO, Michelle. *Precedente y Jurisprudencia*. En: *Precedente – Anuario Jurídico 2007*. Universidad ICESI, Cali, páginas 85 a 99. Traducción de Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini.

³ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Precedente Constitucional en Colombia*. En: Palestra del Tribunal Constitucional, editorial Palestra, Lima, Perú, 2008, página 177.

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-836 de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

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 OMEBA⁵, 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:

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 Hesse⁶, 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.

⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVII (Jact-Lega), Buenos Aires, Argentina, 1982, página 621.

⁶ 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, página 157.

Ese aspecto lo ratifica el mismo Hesse⁷ 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 tratadista⁸, 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 Quintana⁹, 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 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:

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

⁷ HESSE, Konrad. Art. Cit., página 164.

⁸ HESSE, Konrad. Art. Cit., página 163.

⁹ LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Segunda edición. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, páginas 482 a 487.

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, en su artículo 2°, 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.”

El actual artículo 230 Superior¹⁰, 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.”¹¹

¹⁰ 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 dice así:

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

Mientras que el artículo 17, está 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 Nader¹², 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 indexación de la

¹¹ 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.

¹² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Radicación 18970 del 23 de enero de 2003, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader.

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 Duque¹³, 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*”.

¹³ <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 1995¹⁴ y T-068 de 2000¹⁵, 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.”

¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵ 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 Hesse¹⁶, 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 pregunta¹⁷ 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 1991¹⁸, 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"*¹⁹ y tienen el valor de cosa juzgada constitucional, siendo de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares²⁰ 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 1991²¹).

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.

¹⁶ HESSE, Konrad. Art. Cit., página 166.

¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 2001, M.P., Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁸ Ver particularmente los artículos 20 al 23 del Decreto-Ley 2067 de 1991.

¹⁹ Ver artículo 55 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Sentencia C-037 de 1996.

²⁰ Ver artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Sentencia C-037 de 1996.

²¹ 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 constitucional²² enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, es criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia²³. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explícitas en la sentencia.

Muy significativa son, sin embargo, las expresiones del profesor Rodolfo Arango²⁴, 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, 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 Medina²⁵, a este esfuerzo hermenéutico se le ha denominado también “análisis estático de sentencias”.²⁶ Sólo estos últimos - los *ratione decidendi*-, resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión,

²² 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., página 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.

²³ 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.*”

²⁴ ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho # 33. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2004, páginas 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.

²⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego y GORDILLO, Roberto. Art. Cit., página 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.

²⁶ 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.

constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución.²⁷

EL VALOR DEL PRECEDENTE:

Michelle Taruffo²⁸, en su artículo “Precedente y Jurisprudencia”, señala la gran importancia de la utilización del precedente y de la jurisprudencia en la vida del derecho de los ordenamientos modernos, no sólo porque está presente en el sistema del *Common Law*, sino porque además se ha venido incluyendo en el sistema del *Civil Law*, donde precisamente se hace en verdad un amplio uso de la jurisprudencia.

Incluso en la Sentencia T-337 de 1995²⁹, la Corte Constitucional advirtió acerca del precedente lo siguiente:

“El precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la ratio decidendi, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (...) De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerden con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente.”

En Colombia, prácticamente desde 1991, se ha venido dando una discusión sobre si las decisiones de la Corte Constitucional poseen o no el carácter de precedente. Desde esa época se han identificado una tesis escéptica y una tesis optimista frente al tema.

Esas dos tesis, acogidas tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, corresponden a la siguiente explicación³⁰:

- **En cuanto a la tesis escéptica, acogida también en las sentencias T-321 de 1998³¹ y T-267 de 2000³² de la Corte Constitucional:**

“La tesis escéptica descrea la posibilidad de fundamentar la idea de precedente en el Derecho colombiano. Su principal asidero estriba en una interpretación histórica y literal del mencionado artículo 230 de la Constitución. Fiel a la voluntad del Constituyente, esta interpretación sostiene que la Constitución definió a la ley como la única fuente del Derecho que vincula al juez, para proteger la independencia judicial. Además, esta tesis señala que en el Derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las altas cortes y que el principio del stare decisis es propio de un modelo de <case law>, incompatible con nuestro sistema de Derecho continental.”

²⁷ “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, página 616.

²⁸ TARUFFO, Michelle. *Precedente y Jurisprudencia*. En: *Precedente – Anuario Jurídico 2007*. Art. Cit., página 87.

²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-337 de 1995. M.P. Dr.

³⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, tercera reimpresión, Bogotá, D.C., 2005, página 199 y siguientes.

³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-321 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. En dicho fallo se expresó: *No es posible exigirle a un juez autónomo e independiente, que falle en igual forma a como lo ha hecho su homólogo. No se puede alegar vulneración del derecho a la igualdad, si dos jueces municipales o del circuito, por ejemplo, fallan en forma diversa casos iguales sometidos a su consideración, pues, en esta situación, prima la autonomía del juez. Lo único que es exigible, en estos casos, es que la providencia esté debidamente motivada y se ajuste a derecho. Por tanto, dos funcionarios situados en la misma vértice de la estructura jerárquica de la administración de justicia, frente a casos iguales o similares pueden tener concepciones disímiles, hecho que se reflejará en las respectivas decisiones. La sentencia de esta Corporación (T-123 de 1995), hace una consideración adicional a la existencia de pronunciamientos dictados por los órganos jerárquicamente superiores en relación con una tema o una institución determinada, y en ejercicio de la función unificadora de la jurisprudencia. En esos casos, al ser la jurisprudencia un criterio auxiliar en la labor del juez, le es dado a los juzgadores apartarse del razonamiento expuesto por el órgano superior, cuando éste justifique y motive expresamente las razones que lo llevan a discrepar de los razonamientos expuestos por su superior. En estos eventos, la carga que se impone al funcionario judicial es aún más fuerte, que la impuesta cuando él decide modificar su propio criterio, pues los gobernados fundados en el principio de confianza legítima en los órganos del Estado, esperan que su caso sea resuelto en la misma forma como lo ha hecho el tribunal supremo, en situaciones similares.*

³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-267 de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Aquí se reproducen como argumentos los expresados por la Corte en la Sentencia T-321 de 1998.

Según Weaver, citado por Linares Quintana³³, la doctrina del *stare decisis*, “es de una gran importancia en la interpretación de la Constitución, que, a través de la aplicación de aquella, es materia de invariable interpretación sujeta al control de la Suprema Corte; proporciona uniformidad y estabilidad a la interpretación constitucional, porque establece que una interpretación, una vez formulada, no debe ser abandonada sin graves y sólidas razones. Sin embargo, la regla de *stare decisis* no posee carácter absoluto y, de amplia aplicación en el derecho privado, solamente tiene limitado alcance en el campo del derecho constitucional. El Justice de la Suprema Corte norteamericana Reed ha dicho, en el *leading case* *Smith v. Allwright*, que <no descuidamos la conveniencia de la continuidad de las decisiones en las cuestiones constitucionales. Sin embargo, cuando se convenció de su error anterior, esta Corte nunca se sintió obligada a seguir el precedente. En las cuestiones constitucionales, cuando la corrección depende de la enmienda y no de la acción legislativa, esta Corte, a través de su historia, ha ejercido libremente su poder de reexaminar las bases de sus decisiones constitucionales. Esto es particularmente exacto cuando la decisión considerada errónea es la aplicación de un principio constitucional más bien que la interpretación de la Constitución para extraer el principio mismo>.”

Ese principio del *stare decisis*, traducido como “acatar las decisiones”, “estarse a lo decidido”, o de la “obligatoriedad horizontal del precedente jurisprudencial”³⁴, es también analizado por el profesor Mario Alberto Cajas³⁵, para quien ese principio del precedente, “tiene que ver con la sujeción de los jueces a los fallos previos o la decisión presente que gobierna los casos similares o análogos en el futuro. El precedente puede vincular al juez frente a sus propios fallos (precedente horizontal) o a los jueces inferiores en jerarquía con respecto a los fallos que sobre casos análogos hayan proferido sus jueces superiores en jerarquía (precedente vertical). Esto obliga a seguir reglas o subreglas fijadas en los fallos, que en el caso del precedente vertical pueden tener -en la práctica- efectos generales por vía de la interpretación que hacen los jueces, más allá de los efectos concretos o inter partes de la decisión del juez. De manera muy general, se puede afirmar que la aplicación o no de un precedente dependerá, entre otros factores, de las similitudes y las diferencias fácticas que existen entre el caso a resolver y el caso que dio lugar al precedente. Esto requiere experticia sobre el modo como se analizan los hechos de un caso frente a otro. Es necesario valorar si aquellos que fueron evaluados y que produjeron un fallo son análogos o no frente a aquellos que se deben decidir en el nuevo caso. El juez, una vez que valora esas semejanzas y diferencias, puede decidir:

1. Aplicar (*apply*) la regla del precedente cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares.

2. Seguir (*follow*) la regla del precedente cuando a pesar de que existen diferencias relevantes entre los dos casos, a juicio del tribunal, éstas no justifican un trato jurídico distinto, y por tanto, extiende, a través del razonamiento analógico, la regla del precedente al nuevo supuesto.

3 Distinguir (*distinguish*) esto es, no aplicarla en el asunto que resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del tribunal las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato jurídico distinto.”

- **En cuanto a la tesis optimista sobre el precedente, que se ha aceptado desde 1995 y se basa en tres argumentos:**

“El primer argumento destaca la imposibilidad de trazar una barrera fronteriza entre la creación del Derecho mediante la ley y su aplicación mediante la jurisprudencia. Esta imposibilidad hace que carezca de sentido enajenar toda virtualidad creadora a los procedimientos de aplicación de normas y enajenar a su producto -la jurisprudencia- la posibilidad de convertirse en fuente de derecho.

El segundo argumento señala que la atribución del carácter de precedente a las sentencias judiciales es imprescindible para garantizar (1) la coherencia del sistema jurídico -si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el Derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar-; (2) su estabilidad -la estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y a la uniformidad de su aplicación-; y (3) el respeto del principio de igualdad -el Derecho debe

³³ LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del derecho Constitucional*. Op. Cit., página 483.

³⁴ CAJAS SARRIA, Mario Alberto. *Jurisprudencia constitucional sobre el control de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910 – 1952)*. En: *Precedente – Anuario Jurídico* 2005. Universidad ICESI, Cali, páginas 13 a 33

³⁵ CAJAS SARRIA, Mario Alberto. *Minimalismo judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?* En: *Precedente – Anuario Jurídico* 2007. Universidad ICESI, Cali, páginas 57 a 84.

tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos, similares, anteriores, presentes y futuros-.

El tercer argumento aduce es posible desvirtuar la interpretación estricta del artículo 230 de la Constitución en que se basa la tesis escéptica. Por una parte, el reconocimiento de que los jueces están vinculados a la jurisprudencia no pone en peligro la independencia judicial. La independencia judicial se garantiza cuando el juez está vinculado al sistema de fuentes del Derecho y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado. La atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia implica que el juez está sujeto a las sentencias judiciales que han resuelto casos pasados, y no a las opiniones o intereses de los demás jueces, sobre todo de los magistrados de las altas cortes.”

La sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional, sostiene que el precedente³⁶ es fuente formal de derecho y analiza las razones por las cuales ello es así dentro del marco de la Constitución de 1991, que introdujo transformaciones sustanciales y orgánicas que llevan ineludiblemente a esta conclusión y que complementan las consideraciones en las que se fundó la Corte para hacerlo:

Los argumentos se refieren a cuestiones que tradicionalmente han gravitado, con mayor o menor fortuna alrededor del debate sobre la fuerza vinculante de los precedentes en nuestro sistema jurídico. En particular, haremos alusión a los argumentos basados en (i) el derecho comparado, (ii) el sistema de fuentes y el lugar de la jurisprudencia, (iii) la tradición jurídica colombiana, (iv) la integridad de un ordenamiento jurídico donde la Constitución es norma de normas, (v) el equilibrio entre evolución del derecho y consistencia jurídica, y (vi) la teoría jurídica sobre el precedente...

A pesar de que Colombia posee una experiencia muy larga que lo matricula en la familia jurídica del Derecho Romano Germánico o Continental Europeo o del *Civil Law*, en fallos anteriores a la Sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional ya se había expresado sobre el valor del precedente constitucional, por ejemplo, en la Sentencia SU-047 de 1999 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, dijo que éste...

“cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.”³⁷

Esto ha llevado, según el profesor Carlos Bernal Pulido³⁸, a expresar que en Colombia *se ha producido una verdadera mutación constitucional*, lo cual se explica en las mismas normas contenidas en el Decreto 2067 de 1991³⁹, especialmente en los artículos 14 al 19, y en los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991⁴⁰,

³⁶ El establecimiento de la doctrina de precedentes en Colombia se había ya estudiado por la Corte Constitucional en las Sentencias C-083 de 1995, T-123 de 1995 y T-260 de 1995, de los magistrados Cifuentes, Gaviria y Hernández, respectivamente, así como en las Sentencias SU-640 de 1998, SU-168 de 1999, T-009 de 2000 y T-068 de 2000, entre otras, sobre la fuerza precedencial de sus fallos.

³⁷ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero.

³⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Precedente Constitucional en Colombia*, artículo citado, página 175.

³⁹ COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto-Ley 2067 de 1991. En: www.noti.net

⁴⁰ COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto-Ley 2591 de 1991. En: www.noti.net

referidos tanto al cumplimiento de los fallos de constitucionalidad, como a los de tutela de la Corte, que dicen así:

Artículo 14. Las decisiones sobre la parte resolutive de la sentencia deberán ser adoptadas por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional. Los considerandos de la sentencia podrán ser aprobados por la mayoría de los asistentes. Cuando no fueren aprobados, podrán adherir a ellos los magistrados que compartan su contenido. Los magistrados podrán en escrito separado aclarar su voto o exponer las razones para salvarlo.

Los magistrados que aclaren o salveren el voto dispondrán de cinco días para depositar en la Secretaría de la Corte el escrito correspondiente.

En todo caso de contradicción entre la parte resolutive y la parte motiva de un fallo, se aplicará lo dispuesto en la parte resolutive.

Parágrafo. Se entiende por mayoría cualquier número entero de votos superior a la mitad del número de magistrados que integran la Corte o de los asistentes a la correspondiente sesión, según el caso.⁴¹

Artículo 15. Cuando no se reúna la mayoría necesaria, volverán a discutirse y votarse los puntos en que hayan disentido los votantes.

Artículo 16. La parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte.⁴²

La Sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte, dentro de los seis días siguientes a la decisión.

El Secretario enviará inmediatamente copia de la sentencia a la Presidencia de la República y al Congreso de la República. La Presidencia de la República promoverá un sistema de información que asegure el fácil acceso y consulta de las sentencias de la Corte Constitucional.

Artículo 17. Cuando el proyecto de fallo no fuere aprobado, el magistrado sustanciador podrá solicitar al Presidente de la Corte que designe a otro para que lo elabore. Cuando el criterio de un magistrado disidente hubiere sido acogido, el Presidente de la Corte podrá asignarle la elaboración del proyecto de fallo.

Artículo 18. Las sentencias serán publicadas con los salvamentos y aclaraciones en la Gaceta de la Corte Constitucional, para lo cual se apropiará en el presupuesto la partida correspondiente.⁴³

Artículo 19. Las deliberaciones de la Corte Constitucional tendrán carácter reservado. Los proyectos de fallo serán públicos después de cinco años de proferida la sentencia.

Salvo los casos previstos en este Decreto, en las deliberaciones de la Corte no podrán participar servidores públicos ajenos a ésta.

Agregándose a esta referencia de los artículos 14 al 19 del decreto 2591 de 1991, en Colombia, para el efectivo cumplimiento de los fallos de tutela, el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de esta acción⁴⁴, se ha establecido un procedimiento específico y concordante con el espíritu de las normas constitucionales que regulan la materia (arts. 86 y 241), pues, en palabras de la Corte, “no tendría sentido que en la Constitución se consagraran derechos fundamentales si, aparejadamente, no se diseñaran mecanismos por medio de los cuales dichos derechos fuesen cabal y efectivamente protegidos.”⁴⁵, en los términos de los artículos 33 a 36 del citado decreto:

⁴¹ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, revisión del artículo 54 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

⁴² Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, revisión del artículo 56 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

⁴³ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, revisión del artículo 47 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

⁴⁴ *Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi indicio quod sibi debetur.* En las Institutas, se lee que acción no es otra cosa que el derecho de reclamar en juicio lo que se me debe.

⁴⁵ Auto del 6 de agosto de 2003, Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, ya citado.

Artículo 33. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.⁴⁶

Artículo 34. DECISIÓN EN SALA. La Corte Constitucional designará los tres Magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los Tribunales del Distrito judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente.⁴⁷

Artículo 35. DECISIONES DE REVISIÓN. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas.

La revisión se concederá en el efecto devolutivo pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7o. de este Decreto.

Artículo 36. EFECTOS DE LA REVISIÓN. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán 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 necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta.

Por su parte, al tenor de un Auto, el 010 de 2004⁴⁸, los artículos 23, 27 y 52 del mismo decreto 2591 de 1991 se refieren al contenido que deben tener los fallos de tutela, a las garantías de su cumplimiento y a las sanciones derivadas de su eventual inobservancia.

En ese orden, Rodrigo Escobar Gil dice que, El primero (art. 23) establece que cuando la solicitud vaya dirigida contra una acción de autoridad, el fallo que concede la tutela tendrá por objeto “*garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible*”. Asimismo, destaca que si lo impugnado es la denegación de un acto o una omisión, el fallo tendrá que ordenar su realización o desarrollar la acción adecuada, y en caso de que la autoridad no expida el acto administrativo, el juez deberá disponer lo necesario “*para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos*”. En el evento de tratarse de una actuación material, o de una amenaza, le impone al juez el deber de ordenar su inmediata cesación así como evitar toda nueva amenaza, violación, perturbación o restricción. En su último inciso, la norma le otorga competencia al juez para que, de todas maneras, establezca los demás efectos del fallo según las condiciones imperantes en el asunto sometido a juicio.

El segundo (art. 27) dispone que una vez proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio lo deberá cumplir sin demora, precisando que si ello no ocurre, el juez debe dirigirse al superior del responsable para que lo haga cumplir y abra el respectivo proceso disciplinario en su contra. Si el superior no procede conforme a lo ordenado, la norma le permite a la autoridad judicial ordenar que se abra proceso disciplinario en su contra y “*adopta[r] directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo*”, pudiendo sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que den cumplimiento al fallo. Prevé el precepto en cita que, en todo caso, “*el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza*”. (Negrillas y subrayas fuera de texto original).

Finalmente, el tercero (art. 52) se ocupa del incidente de desacato, ordenando que quien incumple la orden judicial de tutela será sancionado “*con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales...*”; sanción que debe imponer el mismo juez de amparo mediante trámite incidental, y que será consultada al superior jerárquico quien le compete decidir dentro de los tres días siguientes si cabe revocar o no la sanción.

⁴⁶ De acuerdo con el artículo 7, numeral 12, del Decreto 262 de febrero 22 de 2000, que enuncia las funciones del Procurador General de la Nación, éste puede: "...12. Solicitar ante la Corte Constitucional la revisión de fallos de tutela, cuando lo considere necesario en defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales." También, sobre este artículo 33 la misma Corte se ha pronunciado en relación con su exequibilidad, en las Sentencias C-018 de 1993 y C-054 de 1993.

⁴⁷ Sobre este artículo 34, la Corte se ha pronunciado en relación con su exequibilidad, en la Sentencia C-018 de 1993.

⁴⁸ Auto 010 del 17 de febrero de 2004 de la Corte Constitucional, M.P., Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Según el citado Auto 010 de 2004, “(D)e acuerdo con tal régimen jurídico y teniendo en cuenta el objetivo que persigue el recurso de amparo constitucional, es claro que las órdenes contenidas en las decisiones de tutela, dirigidas a la protección de los derechos, tienen que acatarse y cumplirse sin excepción. La autoridad o el particular que haya sido declarado responsable de la amenaza o violación, debe cumplir la orden encaminada a la protección de los derechos fundamentales en los términos que lo indique la sentencia y en el plazo allí señalado. El incumplimiento de la decisión conlleva una violación sistemática de la Carta. Por una parte, en cuanto frustra la consecución material de los fines esenciales del Estado, como son la realización efectiva de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, el mantenimiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Preámbulo, arts. 1° y 2°). Y por la otra, en cuanto dicha omisión contraría, además de las normas constitucionales que regulan la acción de tutela y el derecho infringido, también aquellas que reconocen en el valor de la justicia y en los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, pilares fundamentales del modelo de Estado Social de Derecho (arts. 29, 86 y 230).”

Y es que, si bien en forma paralela al cumplimiento de la decisión cabe iniciar el trámite de desacato, este último procedimiento no puede desconocer ni excusar la obligación primordial del juez constitucional, cual es la de hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección.

Como lo afirmó la Alta Corporación Constitucional en la Sentencia T-458 de 2003,

*“el trámite del cumplimiento [del fallo] no es un prerrequisito para el desacato, ni el trámite de desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato.”*⁴⁹

Las diferencias entre cumplimiento y desacato fueron fijadas por la Corte en la Sentencia T-744 de 2003, en los siguientes términos:

“i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.

ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.

iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 23 y 27 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 57 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto el respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.

iv) El desacato es a petición de parte interesada, el cumplimiento es de oficio, aunque

*v) Puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público.”*⁵⁰

Así, según la Corte, independientemente de las sanciones a que haya lugar, la autoridad judicial a quien corresponde velar por la eficacia y efectividad de la orden de tutela, esta en la obligación -irrenunciable- de adelantar todas las gestiones pertinentes y de agotar cada uno de mecanismos judiciales que ofrece el ordenamiento jurídico, para lograr el objetivo de protección inmediata a que hace referencia específica el artículo 86 Superior. El cumplimiento y el desacato son en realidad dos instrumentos jurídicos diferentes, que a pesar de tener el mismo origen -la orden judicial de tutela- y tramitarse en forma paralela, en últimas persiguen distintos objetivos: el primero, asegurar la vigencia de los derechos fundamentales afectados, y el segundo, la imposición de una sanción a la autoridad que ha incumplido el fallo.

En consecuencia, tratándose del cumplimiento de la sentencia, la Corte ha dicho que “*el juez analizará en cada caso concreto si se acató la orden de tutela o no, de manera que si la misma no ha sido obedecida o no lo ha sido en forma integral y completa, aquél mantiene la competencia hasta lograr su cabal y total observancia, aun a pesar de estar agotado el incidente de desacato*”.⁵¹

⁴⁹ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-458 de 2003, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁰ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-744 de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵¹ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 010 de 2004, ya citado.

Esa afirmación, se complementa con lo decidido por la Sala Plena de la Corte Constitucional, al fallar una acción de tutela por vía de Sentencia de Unificación de Jurisprudencia SU-1300 de 2001⁵², la cual tuvo como ponente al doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, quien consagró en la citada decisión lo siguiente con respecto al valor normativo de los precedentes constitucionales:

La Corte Constitucional ha dicho reiteradamente, desde sus comienzos, que las decisiones de la Corporación que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional son fuente formal de Derecho, y constituyen doctrina constitucional obligatoria (C-131/93, C-083/95, C-037/96, SU-047/99, C-836/2001).

En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de Decisum, ratio decidendi, y obiter dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o "dichos de paso", no tienen poder vinculante, sino una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación. (se sigue aquí la sentencia SU-047/99)

En el mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 la Corte admitió que "tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella."

En la SU-047 de 1999, la Corte Constitucional entendió que el fundamento del carácter vinculante general de la ratio decidendi de las decisiones judiciales, es que los jueces deben fundar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales, o en reglas universales que han adoptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. El juez debe hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el "deber mínimo" de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.

En la sentencia que se viene siguiendo, se precisa que "en realidad son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores". El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de ratio decidendi a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto."

Y es que la misma Corte Constitucional ha controlado el valor y el respeto del precedente constitucional frente a órganos de otras ramas del poder público, como cuando en el ejemplo expresado por Carlos Bernal Pulido⁵³, los ponentes de la sentencia C-586 de 1995⁵⁴, declararon la inconstitucionalidad del artículo 112 de la Ley 104 de 1993, por ser contrario a precedente que ya había decidido en la Sentencia C-011 de 1994⁵⁵.

Otros casos del mismo resorte se presentó con la sentencia C-551 de 2003⁵⁶, cuando la Corte Constitucional expresó que el Congreso de la República tiene la facultad de reformar la Constitución, pero no el poder de sustituirla. Ahí vemos cómo en determinados casos, nuestra Corte Constitucional colombiana ha ido más que a decidir los asuntos que se debaten en ella, a fijar posiciones

⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1300 de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵³ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Precedente Constitucional en Colombia*, artículo citado, página 183.

⁵⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-586 de 1995, MM.PP. Drs. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-011 de 1994. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551 de 2003, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

nomofilácticas⁵⁷ basadas más en el parecer de una corriente ideológica de ciertos magistrados que a la verdadera y justa aplicación del derecho.

También cabe mencionar, aunque sería materia de otro análisis, que en el caso colombiano, aún está por analizarse un fenómeno que se ha producido en algunos otros ordenamientos y es que, existe la tendencia de citar y tener muy en cuenta en algunas jurisdicciones constitucionales internas, las decisiones de cortes internacionales (como la Corte Interamericana de derechos Humanos) o de cortes de otros Estados (como sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos), para fundamentar decisiones que sólo son del resorte interno, aspecto que hace parte de la creciente globalización de la cultura jurídica.

Retornando al tema preciso del artículo 230 Superior, compartimos el parecer de muchos, que como Bernal Pulido, dicen que “*es innegable que el significado común de la expresión << criterio auxiliar >> es incompatible con la atribución de fuerza vinculante de la jurisprudencia*”, pues es cierto que en los dieciocho años transcurridos desde la expedición de la Carta de 1991, la jurisprudencia ha ganado puntos y es hoy día un factor esencial y decisivo en clave de interpretación y aplicación del derecho.

COLOFÓN:

No obstante, todo lo dicho, susceptible de mejora, podría además complementarse con los siguientes estudios publicados por la Academia Colombiana de Jurisprudencia en su Revista:

- # 95-96 (noviembre – diciembre de 1925); p. 727-741: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, de Antonio María Ocampo.
- # 123-124 (marzo – abril de 1929); p. 145-166: *Jurisprudencia Práctica*, de Antonio José Montoya.
- # 139 – 140 (julio – agosto de 1939); p. 57-66: *Importancia de la jurisprudencia de la Corte Suprema y la cuestión social*, de Ricardo Gutiérrez Mejía.
- # 155-156-157 (octubre – diciembre de 1945); p. 30-41: *Jurisprudencia comparada*, de Miguel Aguilera.
- # 206 – 207 (enero – junio de 1975); p. 55-75: *La ley moral y la reforma a la jurisprudencia civil*, de Darío Echandía.

BIBLIOGRAFÍA:

- 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.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, tercera reimpresión, Bogotá, D.C., 2005, Pág. 199 y siguientes.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “*El Precedente Constitucional en Colombia*”, en: Palestra del Tribunal Constitucional, editorial Palestra, Lima, Perú, 2008, Pág. 177.
- CAJAS SARRIA, Mario Alberto. “*Jurisprudencia constitucional sobre el control de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910 – 1952)*”, en: *Precedente – Anuario Jurídico 2005*. Universidad ICESI, Cali, Págs. 13 a 33
- CAJAS SARRIA, Mario Alberto. “*Minimalismo judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?*”, en: *Precedente – Anuario Jurídico 2007*. Universidad ICESI, Cali, Págs. 57 a 84.
- COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto-Ley 2067 de 1991. En: www.noti.net
- COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto-Ley 2591 de 1991. En: www.noti.net
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-252 de 2001, M.P., Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-836 de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1300 de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 010 del 17 de febrero de 2004 de la Corte Constitucional, M.P., Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto A-016 de 2000, M.P., Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-011 de 1994. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁷ La Nomofiláctica o Nomofilaxis, se dice especialmente de la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551 de 2003, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-586 de 1995, MM.PP. Drs. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo.

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

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-168 de 1999, M.P., Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-640 de 1998, M.P., Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-022 de 2001, M.P., Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

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

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1003 de 2000, M.P., Dr. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-123 de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-260 de 1995, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-267 de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-321 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-458 de 2003, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-744 de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-937 de 1999, M.P., Dr. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-961 de 2000, M.P., Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

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

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

FAJARDO SANDOVAL, Franklyn. “*El precedente judicial: Aproximación en la jurisdicción penal*”, en: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad del Cauca, volumen 5, # 5-6, septiembre de 2005, Popayán, Págs. 33 a 47.

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, Págs. 157 a 168.

<http://www.buengobierno.com/noticia.php3?id=520>, consultada septiembre 1 de 2008.

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

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, Págs. 3 a 47.

MENDIVIL GUZMÁN, Gabriel. “*El Precedente Constitucional en la exigibilidad de los derechos sociales*”, en: *Jurídicas CUC* # 4, julio a diciembre de 2007. Corporación Universitaria de la Costa, Barranquilla, Págs. 7 a 15.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitución Política de Colombia -Comentada y Concordada-*, Sexta Edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2002, Pág. 616.

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.

De los HH. Presidente y Académicos, con todo respeto,

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA
Miembro de Número.