



*Escuela Judicial*  
*“Rodrigo Lara Bonilla”*

# INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

República de Colombia

**INTERPRETACIÓN  
CONSTITUCIONAL**

**PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN  
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA  
SALA ADMINISTRATIVA**

Presidente  
**FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ**

Vicepresidente  
**JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO**

**LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN  
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO  
CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ  
HERNANDO TORRES CORREDOR**  
Magistrados

**ESCUELA JUDICIAL  
"RODRIGO LARA BONILLA"**

**GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES**  
Directora



Consejo Superior de la Judicatura  
Sala Administrativa

ESCUELA JUDICIAL  
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD  
NACIONAL  
DE COLOMBIA

DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA

INTERPRETACIÓN  
CONSTITUCIONAL

2ª EDICIÓN

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA  
SALA ADMINISTRATIVA  
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"

ISBN: 958-971047-4-1

© DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2006

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No.11-96 pisos 6 y 7.

[www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

Primera edición: mayo de 2006

con un tiraje de 3.000 ejemplares

Diseño de cubierta: Stephan Acuña Aguirre

Composición: Universidad Nacional de Colombia, Convenio 090 de 2004

Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego

Diagramación electrónica: Olga Lucía Cardozo Herreño

Impresión

Universidad Nacional de Colombia

Unibiblos

[dirunibiblo\\_bog@unal.edu.co](mailto:dirunibiblo_bog@unal.edu.co)

Bogotá, D.C., Colombia

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

# CONTENIDO

PRESENTACIÓN	xiii
INTRODUCCIÓN	1
UNIDAD 1 EL ARTE Y LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	13
I. La teoría tradicional de la interpretación de la ley	14
A. Introducción: escritura e interpretación	14
B. La “invención” de la hermenéutica jurídica moderna	15
II. La interpretación “moderna”: fines, consecuencias e intereses en la interpretación jurídica	18
III. Interpretación e identidad personal	23
UNIDAD 2 LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA	27
I. La aplicación judicial de la Constitución: supremacía de la ley versus control judicial de constitucionalidad	27
II. Los métodos de interpretación constitucional	33
A. El textualismo o literalismo	33
B. Historicismo y originalismo	34
C. Interpretación sistemática y finalista	36
UNIDAD 3 PONDERACIÓN, BALANCEO Y TESTS	54
I. El nacimiento del “conflictivismo” en la interpretación jurídica: la jurisprudencia de intereses	55
II. El conflictivismo en interpretación constitucional: el aporte de la Corte Suprema de Estados Unidos	59
III. El conflictivismo constitucional en Colombia	66

UNIDAD 4	
VINCULATORIEDAD	
DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL	73
I.    Introducción a la técnica del precedente constitucional	73
II.   La vinculatoriedad del precedente constitucional	96
A.  El valor histórico de la “jurisprudencia” en el derecho colombiano: el artículo 4o de la Ley 169 de 1896	97
B.  La “doctrina constitucional” contemporánea	100
C.  Desarrollos recientes	104
D.  La reconstrucción de la “doctrina probable”	105
E.  Hacia un régimen único del valor de la jurisprudencia	106
F.  La interpretación contemporánea de la “doctrina probable” y de las “decisiones erróneas”	109

UNIDAD 5	
ORGANIZANDO LA JURISPRUDENCIA	
CITACIÓN TÉCNICA, ANÁLISIS CITACIONAL	
Y SENTENCIAS HITO	114
I.    El concepto de “línea jurisprudencial”	114
II.   La citación técnica y anti-técnica de la jurisprudencia	116
A.  Caracterización preliminar	116
B.  Tipología de citas jurisprudenciales	119
1.  Citaciones analógicas estrechas y amplias	119
2.  Citas conceptuales o temáticas	120
3.  Citaciones caóticas o meramente retóricas	121
III.  Las altas cortes en números	126
IV.   La sentencia arquimédica	131
V.    La teoría de los “escenarios constitucionales”	138

UNIDAD 6	
FORMACIÓN DE LÍNEAS	
JURISPRUDENCIALES	143
I.    Formación de líneas jurisprudenciales	143



UNIDAD 7	
INTERPRETANDO LAS SENTENCIAS:	
<i>RATIO DECIDENDI, OBITER DICTUM,</i>	
DISANALOGÍA Y CAMBIO	
DE JURISPRUDENCIA	152
I.    Técnicas legítimas e ilegítimas de interpretación jurisprudencial	152
II.   Argumentos ilegítimos	155
III.  Argumentos legítimos: obediencia al precedente	156
IV.  Argumentos legítimos: la disanalogía entre caso nuevo y precedente aparentemente aplicable	156
V.    Argumentos legítimos: <i>ratio decidendi</i> y <i>obiter dictum</i>	157
A.  Conceptos fundamentales	157
B.  Métodos de identificación de la <i>ratio decidendi</i>	163
VI.  Argumentos legítimos: indeterminación del precedente	170
VII.  Argumentos legítimos (pero peligrosos): cambio de jurisprudencia	171
VIII. Uso de las técnicas legítimas en el precedente vertical y en el precedente horizontal	176
A.  Cambio en el precedente vertical	178
B.  Cambio en el precedente horizontal	180
A MODO DE CONCLUSIÓN DEL MÓDULO	182

## CONVENCIONES

Og

Objetivo General

Oe

Objetivos Específicos

At

Actividades de Taller

Ca

Cuestionarios de Autoevaluación

Su

Sumario

## PRESENTACIÓN

Es grato dar la bienvenida a la segunda edición del módulo sobre Interpretación Constitucional, elaborado en convenio con la Universidad Nacional de Colombia. La coordinación de este módulo fue encargada al doctor Diego López Medina (Abogado de la Universidad Javeriana, LL.M. y Ph.D. en derecho de la Universidad de Harvard), profesor de derecho en las Universidades Nacional y de los Andes con la muy activa participación de servidores judiciales de todos los niveles. Mediante el trabajo colectivo de todos se definió el contenido y orientación del presente módulo. El módulo está destinado a que usted desarrolle aptitudes de auto-aprendizaje en los problemas relacionados con la interpretación y aplicación directa de la Constitución Política.

El núcleo de desarrollo temático está expresado en varias unidades. Las dos primeras tienen como objetivo fundamental sensibilizar a los operadores judiciales en los problemas culturales más amplios que se relacionan con la interpretación de textos. Luego de estas unidades introductorias, el texto busca dar herramientas concretas de interpretación constitucional e investigación jurisprudencial. Estas herramientas se han juzgado fundamentales para la optimización, tanto en calidad como en cantidad, de las decisiones judiciales en las que se presentan cuestiones de derecho constitucional.

El módulo está estructurado para que usted aprenda de manera activa y no simplemente pasiva. Las lecturas buscan que Ud. quede con inquietudes y no con certidumbres. Los ejercicios y talleres propuestos deben realizarse como parte esencial del proceso de auto-aprendizaje. El objetivo primario del módulo es que, al final, del mismo, Ud. tenga una visión más completa sobre el fenómeno de la interpretación constitucional y conozca con mayor claridad las sub-reglas constitucionales que especifican el sentido de la Carta Política. Ello requiere, como se verá, del aprendizaje de las técnicas correctas de manejo e interpretación de la jurisprudencia constitucional. Los talleres planteados en el módulo le darán la oportunidad de evaluarse personalmente, y le permitirá estar preparado para constituir, con otros magistrados y jueces, pequeños grupos de estudio participativo. Las reflexiones, comentarios y sugerencias que allí surjan sobre los ejercicios propuestos, pueden llevarse a los debates y discusiones que sobre este módulo se desarrollen en talleres presenciales de trabajo en grupos más grandes, con la conducción del facilitador. Para estos efectos le insinuamos elaborar un documento de estudio, donde incluya sus anotaciones, ejercicios y reflexiones sobre las unidades del módulo.

La aplicación de este módulo es de su responsabilidad. Todas las actividades académicas en que usted toma parte de manera individual y grupal, tendrán que reflejarse en su trabajo diario, en sus decisiones judiciales y en su participación en los eventos que sobre el tema programe la Escuela Judicial, entre los cuales está prevista la evaluación formal de los conocimientos adquiridos.

Dentro de la metodología integral unificada, que constituye parte fundamental del sistema de formación de facilitadores, aparecen muy claros los compromisos de los formadores judiciales en el sentido de aportar sus conocimientos teóricos, su experiencia práctica y su espíritu de creatividad para promover el proceso de autoformación de sus pares en todos los distritos judiciales del país.

El objetivo final de todos estos esfuerzos es lograr una actividad judicial culta, dinámica y en sintonía con el país y sus problemas. La calidad del derecho en Colombia depende de sus jueces y abogados, de sus decisiones y actitudes. La comunidad en general confía en que los procesos judiciales muestren, de la mejor manera, la verdadera cara de la justicia.

# INTRODUCCIÓN

## JUSTIFICACIÓN GENERAL DEL MÓDULO

El nuevo constitucionalismo colombiano, iniciado con el texto promulgado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ha venido efectuando un cambio fundamental en el derecho colombiano: los textos constitucionales, y muy en particular aquellos en los que se consagran derechos fundamentales de las personas, se han convertido en principios y reglas *directamente aplicables* a todo tipo de conflictos jurídicos a resolver por los jueces y funcionarios administrativos en Colombia.

En consonancia con desarrollos en el constitucionalismo de la segunda post-guerra, la supremacía directa de la Constitución colombiana se ha concedido como herramienta privilegiada de protección de derechos humanos fundamentales. Esta tendencia tiene uno de sus orígenes recientes en la expedición de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El artículo 1° de este texto normativo muestra con gran fuerza la necesidad de proteger celosamente los derechos fundamentales como reacción a los horrores que generó la Segunda guerra mundial. Estos horrores (entre los que se cuentan, entre muchos otros, una visión racista y excluyente de la sociedad) fueron ocasionados por el actuar del estado conforme a leyes válidamente expedidas.<sup>1</sup> Los otros poderes del estado no funcionaron adecuadamente como mecanismo de control de estos excesos porque la irrefutable legalidad formal en que estas decisiones legislativas se expresaban ocasionó una cierta complacencia implícita por parte del aparato judicial. Este estado de cosas impulsó al constitucionalismo europeo a postular la existencia de derechos fundamentales por encima del poder de configuración legal del Estado como recordatorio permanente de los peligros que entraña el poder del Estado (así éste se manifieste de manera plenamente legiforme).

Este propósito humanizador del constitucionalismo contemporáneo se muestra con toda su fuerza en el artículo 1° de la Ley Fundamental de Bonn:

“1. La dignidad del hombre es inviolable y constituye deber de todas las autoridades su respeto y protección.

2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

---

1 Véase al respecto Radbruch Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho supra-legal*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.

3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derechos directamente aplicable.”

Esta misma idea ética, política y jurídica se encuentra expresada en la Constitución colombiana de 1991, aunque es preciso reconocer que el texto alemán tiene una fuerza y urgencia humanitarias que quizá se explique por las dramáticas condiciones morales que rodearon la redacción de la Ley Fundamental de Bonn<sup>2</sup> y que no concurren con igual apremio en la Asamblea Constituyente colombiana de 1991. Con todo, la idea moral de la supremacía de los derechos fundamentales se encuentra también expresada en los artículos 4°, 5° y 86° del texto colombiano. Estos textos, como el alemán, también buscan que el discurso de los derechos fundamentales posibilite la creación de un modelo político y económico más incluyente para todos. Si para los alemanes la tragedia moral del siglo XX había sido el régimen nazi (con su política exterior de expansión militar y su correlato interno de anti-semitismo racista), la tragedia moral de los colombianos de finales del siglo XX aún radica en una confrontación interna de carácter político y económico que se extiende, en su última fase, desde la década de los 1950 y que aún constituye en síntoma preciso de las exclusiones y dualidades que existen en el país.

El conflicto interno, la exclusión social y las respuestas, no siempre adecuadas, del estado ante estas realidades son los particulares *traumas* que han impulsado al neoconstitucionalismo colombiano de los últimos años. Unas ciertas restricciones del constitucionalismo colombiano hasta el año de 1991 originaron la necesidad de conceder poder normativo directo a los textos iusfundamentales. Entre estas restricciones pueden contarse, entre otras, la democracia pactada y restringida del Frente Nacional, las experiencias dolorosas de intentos de recuperación de la seguridad nacional en los estados de sitio y, finalmente, la nostalgia por una homogeneidad social ya inexistente que se forzaba mediante una cierta consagración restringida de derechos civiles (con la evidente ausencia de libertades para nuevas identidades, derechos sociales y derechos colectivos).

Los desarrollos europeos de la segunda post-guerra contrastaban notablemente con la posición dogmática de la Constitución Colombiana de 1886 que,

---

2 Conrado Hesse explica así el fenómeno: “La Ley Fundamental es la primera Constitución alemana que coloca a la cabeza del texto la relación de derechos fundamentales (arts. 1-19). Con ello expresa un rasgo esencial del nuevo ordenamiento democrático y de Estado de Derecho: el significado constituyente de los derechos fundamentales tras la época de menosprecio y graves violaciones de los derechos humanos por el régimen nacionalsocialista”.

recuérdese, rigió en el país hasta la última década del siglo XX. En la Constitución de 1886 los derechos fundamentales apenas ocupaban una posición secundaria ya que no eran directamente exigibles ante los jueces. Siguiendo el constitucionalismo francés del siglo XIX, la Ley definía el alcance e intensidad de los derechos sin que fuera posible reclamarlos mediante invocación explícita y directa de los textos constitucionales. Los derechos fundamentales, por tanto, sólo podían funcionar mediatamente a través de las leyes. Si ello era así, se seguía (i) que sólo el legislador tenía la obligación directa de respetar los derechos fundamentales en la formulación de la ley y (ii) que su juicio al respecto era constitucionalmente incontrovertible. Esta segunda característica implicaba lógicamente que la ley se presumía constitucional sin posibilidad de prueba en contrario. Existía, por tanto, una presunción incontrovertible de constitucionalidad de la ley.

Esta conclusión debe moderarse, por supuesto, porque en Colombia se creó un control abstracto de constitucionalidad a partir del Acto Legislativo 3 de 1910 mediante el cual se le confió a la Corte Suprema de Justicia la competencia para declarar inconstitucionales leyes expedidas por el Congreso de la República.

Un repaso de la jurisprudencia de la Corte Suprema hasta el año de 1990 muestra, sin embargo, que este control de constitucionalidad se ejerció más enérgicamente como mecanismo de protección de competencias y formalidades constitucionales que como mecanismo de protección de derechos constitucionales individuales. El control de constitucionalidad abstracto, por tanto, tuvo más claramente propósitos estructurales y competenciales que propiamente de promoción y defensa de derechos fundamentales.

El constitucionalismo de la segunda post-guerra buscó precisamente cambiar esta comprensión de los derechos fundamentales: como se expresa en el artículo 1.3. de la Ley Fundamental de Bonn, los derechos fundamentales deben ser respetados por todas las ramas del poder público, incluyendo, por supuesto, al legislador. De igual forma se permite a los jueces que desplieguen directamente una actividad protectora de los derechos fundamentales mediante el trámite de la acción de tutela.

Esta posibilidad contrasta marcadamente con la constitución de 1886 en donde los textos sólo podían ser directamente aplicados por los organismos “vértice” del estado en confrontaciones de “alta política”. De esta forma, la utilización directa de la Constitución permanecía cuidadosamente restringida a los organismos vértice. Así, pues, el Presidente, el Congreso y la Corte Suprema de Justicia parecían ser los únicos actores legitimados, en situaciones muy especiales, a aplicar directamente el contenido de la Constitución Política. La Constitución de 1886 no desconocía mecanismos de aplicación generalizada de la misma, como

la llamada “excepción de inconstitucionalidad”, pero los jueces raramente hacían uso de esta posibilidad. De la misma manera, la acción pública de inconstitucionalidad era sin duda un recurso importante, pero es igualmente claro que la difusión de las interpretaciones hechas por la jurisprudencia constitucional a las jurisdicciones ordinarias era muy baja. Dentro del concepto tradicional de “estado de derecho”, los jueces entendían que su misión consistía en aplicar las reglas y principios anunciados por los códigos y las leyes. La Constitución se expresaba en la ley suprimiendo así la necesidad de interpretar directamente el texto superior. Los niveles de constitucionalización del conflicto en la jurisdicción ordinaria eran, por tanto, muy bajos.

El texto de 1991, en cambio, estableció dos ideas básicas que variaron los conceptos del constitucionalismo de 1886 que se acaban de esbozar: en primer lugar, se instauró de manera inequívoca la idea de supremacía directa de la Constitución (artículo 4º) y, en consecuencia, se abrió la posibilidad de que los ciudadanos buscaran la protección de sus derechos constitucionales fundamentales mediante una acción directa (artículo 86) donde sus argumentos podían basarse en el mismo texto constitucional sin necesidad de intermediación legal. Este cambio, como ningún otro, obligó a jueces de todos los niveles a lidiar directamente con el texto constitucional. Esta nueva orientación produjo, como es evidente, un aumento muy notorio en la *constitucionalización* del derecho colombiano. La interpretación constitucional se convirtió así en un tema central, aunque polémico: las antiguas habilidades de interpretación de la ley adquiridas en las facultades de derecho no ofrecieron todos los elementos necesarios en la interpretación del texto constitucional de directa aplicación por los jueces de la república. De la misma manera, este proceso de constitucionalización introdujo cambios importantes en la teoría de las fuentes del derecho que terminaron ligando la aplicación directa de la constitución a un nuevo uso de los precedentes judiciales.

Este cambio, como se ha dicho, no está exento de polémicas: los jueces han venido poco a poco aprendiendo a realizar interpretación constitucional. El discurso de los derechos tiene potenciales sociales importantes pero, al mismo tiempo, constituye una herramienta que exige de los intérpretes “conocimientos” y “virtudes” judiciales altamente desarrolladas. El estudio y la experiencia son buenos aliados en la consecución de estos insumos. Así, por ejemplo, la interpretación constitucional le permite a los jueces hacer intervenciones con impacto sistémico sobre instituciones jurídicas o políticas públicas mientras que la interpretación legal tradicional restringía enormemente esta posibilidad. La premisa, desde el punto de vista constitucional, sigue siendo la misma: el diseño global de instituciones jurídicas o políticas públicas *puede* tener notorios defectos consti-



tucionales desde su inicio o a lo largo de su implementación. En consecuencia, la rama judicial debe detectarlos a partir de casos concretos, señalándole a las otras ramas del poder público y a los particulares cuando sus acciones resultan en olvidos profundos de valores constitucionales o en violaciones significativas de derechos *fundamentales*. De esta manera, las decisiones de la Rama Judicial reestablecen derechos concretos, *pero al mismo tiempo* tienen efectos sobre el funcionamiento de las instituciones y de las políticas en su conjunto. Este doble impacto, argumentan unos, indica que los jueces no deben involucrarse en estos temas. Sin embargo, disiento profundamente de este planteamiento porque, en últimas, ésta es la tarea irrenunciable de los jueces, bien sea dentro de la interpretación legal como de la constitucional.

Es importante señalar que los valores y derechos que expresa la Constitución, en la manera que también representan intereses y expectativas, nunca llegarán a ser incontrovertibles. Se presentarán siempre en contextos litigiosos con una vigorosa presentación de argumentos y contra-argumentos. El entrenamiento profesional de los jueces, sin embargo, no debe ser extraño a estas exigencias: tanto en la interpretación legal como en la constitucional los jueces están en la obligación de fallar tratando de maximizar el disfrute de los derechos de los ciudadanos dentro de dilemas decisionales a veces trágicos. Como se trata de una democracia, los derechos consagrados en la Constitución son múltiples, plurales y frecuentemente contrapuestos. Buscan establecer, en abstracto, balances sociales entre grupos que chocan al interior de instituciones en las que coexisten: el marco de las luchas constitucionales son familias, mercados, escuelas, la política nacional y regional, el sistema judicial y forense etc., etc. Desde este punto de vista, la interpretación constitucional y legal busca definir el balance concreto de derechos entre grupos sociales: en derecho constitucional colombiano, por ejemplo, se enfrentan con frecuencia empleados y empleadores, educandos y educadores, pacientes y médicos, acreedores y deudores, administradores de salud y pacientes, entidades públicas y ciudadanos, etc., etc. Los jueces estudian estos conflictos y buscan determinar dónde están las omisiones, vaciamientos y violaciones más protuberantes del diseño constitucional y que, a pesar de sus esfuerzos, las otras ramas de poder público no han evitado o que, incluso, están activamente ocasionando.

Las anteriores consideraciones justifican la segunda edición del presente módulo que pretende ofrecer un espacio de reflexión en torno a los problemas que suscita la aplicación directa de la Constitución al conflicto social por parte de todos los niveles judiciales, y no sólo por las instituciones “vértice”. Esta democratización del uso de la Constitución es un importante voto de confianza

en la capacidad de liderazgo institucional de nuestros jueces. Se trata de una nueva responsabilidad atribuida a los jueces que, por su gravedad, exige renovado compromiso y dedicación. Se trata, como reconocerá el lector, de una materia en la que el país ha ido ganando poco a poco esperanza. El nuevo constitucionalismo va dejando lentamente su antiguo modelo de formación y va entrando en un período de maduración que todavía no era visible cuando se presentó la primera edición de este texto.

## OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Contribuir a la discusión, comprensión y mejoramiento de las habilidades de los jueces colombianos en la interpretación de la Constitución su aplicación directa a la resolución de los conflictos jurídicos, sociales y políticos que afronta el país y que llegan a sus despachos.

## OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Examinar las dinámicas históricas que crearon en el derecho moderno el renovado papel de la Constitución en la solución de conflictos jurídicos, al tiempo que examinar la conveniencia o inconveniencia de dicha innovación frente a los principios del estado de derecho y legalidad.
- Examinar los principales métodos de interpretación de la Constitución, tanto clásicos como contemporáneos, que están a la disposición de los jueces colombianos.
- Profundizar especialmente en aquellos métodos de interpretación constitucional que, por su especificidad, son de más afines a las labores de la jurisdicción constitucional, a saber, la técnica del precedente y las técnicas formales e informales de ponderación de derechos e intereses.
- En relación con el precedente, medir el impacto que tiene la aplicación directa de la constitución sobre la teoría de las fuentes del derecho y, en particular, sobre la idea de obligatoriedad del precedente constitucional.
- Promover la utilización y cita técnica del precedente, por contraposición a sus usos y citas anti-técnicos.
- Analizar la cuestión de la interpretación del texto constitucional mediante la interpretación del precedente constitucional así como fortalecer las habilidades para la identificación y aplicación de la *ratio decidendi* vinculante en casos nuevos.

- Proponer técnicas de formación de líneas jurisprudenciales.
- Comprender la relación y el impacto que tiene los principios, reglas y sub-reglas de derecho constitucional con el funcionamiento global de instituciones jurídicas y políticas públicas, incluyendo las resistencias políticas de actores interesados y los efectos contraproducentes o imprevistos de decisiones judiciales.

## METODOLOGÍA DEL MÓDULO

El presente módulo no pretende discutir de nuevo contenidos básicos de interpretación jurídica o constitucional. Por el contrario, el módulo busca que los lectores adopten miradas nuevas sobre problemas antiguos y, en especial, que avancen hacia la formación de una posición propia, madura y reflexiva en la interpretación y aplicación directa de la constitución. Por estas razones, el módulo está orientado hacia el auto-aprendizaje. Las reflexiones que el lector (y eventualmente su grupo de trabajo) no generen por sí mismos no se le serán proporcionadas ni por el autor del módulo, ni por el facilitador. Las conclusiones dependen del lector y de su grupo de reflexión. El módulo sólo actúa como invitación y guía para un trabajo de síntesis en una de las áreas más difíciles del derecho y de la cultura jurídica en general. En ese sentido no es un módulo de capacitación o actualización, sino una guía para la construcción de conocimiento, en un proceso de autoformación.

Con tal fin, el módulo propone cuatro tipos de actividades: Al abrir el módulo el lector encontrará una sección en la que se ofrece la **perspectiva teórica** indispensable para el tema. Allí se presenta un texto con el análisis fundamental del tema que se va a tratar. Este contenido debe ser reevaluado a la luz de las dinámicas que a partir de allí se siguen. En el **trabajo personal** se proponen actividades que los participantes pueden realizar por sí solos para profundizar en la comprensión de los temas planteados. Finalmente, en la **puesta en común** se proponen ejercicios de distinto tipo (dinámicas, debates, etc.) en que los participantes del módulo pueden compartir, en grupo, su conocimiento y percepción de los temas discutidos. Usualmente, cada puesta en común tiene una **preparación para la sesión**. En ella los facilitadores y los participantes en el módulo deben planear y ejecutar una serie de actividades que son necesarias para la siguiente sesión del módulo. Se trata de la preparación logística e intelectual mínima necesaria para el éxito de la siguiente sesión.

Para la adecuada ejecución del módulo los participantes deben adoptar desde su comienzo una disposición activa y comprometida. ¡El éxito depende de Uds. mismos! Se ha criticado, con razón, que la enseñanza del derecho induce, con gran

frecuencia, a la pasividad y al adoctrinamiento, no al saber activo y crítico. De la misma manera se ha criticado, también con razón, a la enseñanza del derecho de ser innecesariamente profesionalizante y memorística. En el presente módulo se buscan las actitudes contrarias: De un lado, se pretende activar el interés cognitivo de los jueces, y en segundo lugar se busca conectar el tema de la hermenéutica jurídica con temas culturales más amplios (no ligados estrictamente con la profesión jurídica o con la interpretación de normas legales). Este módulo no es ni doctrinario ni profesionalizante. Es, al menos esa es la esperanza, un módulo crítico y humanista.

## REQUISITOS PARA EL MÓDULO

De su actividad y participación depende el buen éxito del módulo. Llegue relajado y con la mente muy abierta: En el módulo se van a discutir temas hermenéuticos difíciles. Lo difícil de los temas no los hace áridos: Todo lo contrario, la dificultad radica precisamente en que los temas se pueden volver, a veces, volátiles y controversiales. En las actividades donde se propone que Ud. se reuna con otras personas no trate de convencer a los demás. Esté siempre dispuesto a examinar cómo es que los demás interpretan los problemas y textos que se van planteando. El aprendizaje se hará de la experiencia y de las habilidades hermenéuticas de los demás. Sus compañeros, no se le olvide, son hermeneutas profesionales. Esté atento y abierto al debate.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

A continuación se ofrece un conjunto muy breve de literatura nacional y extranjera que podría ser de utilidad para la profundización de conocimientos.

Este módulo está basado en una investigación matriz donde se encuentra amplia bibliografía adicional y profundización teórica de muchos de los temas aquí tratados:

- López Medina, Diego, “El Derecho de los Jueces”, Editorial Legis, Bogotá, 2001.

Sobre la globalización del control constitucional en el mundo como una forma de estado de derecho, véase,

- William Nelson, “Marbury vs. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review”, University Press of Kansas, 2000.

Sobre la globalización de la protección judicial de los derechos en los años noventas, véase,

- Charles Epp, "The Rights' Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective", University of Chicago Press, 1998.
- C. Neal Tate y Torbjorn Vallinder, "The Global Expansion of Judicial Power", New York University Press, 1995.

Sobre el impacto de la distinción entre principios y reglas en la teoría jurídica internacional y en los derechos constitucionales de Alemania y Estados Unidos, respectivamente, véase,

- Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Ronald Dworkin, Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984, en especial los capítulos titulados "Los Casos Difíciles" y "Los Casos Constitucionales".
- Duncan Kennedy, "Libertad y restricción en la decisión judicial", Siglo del Hombre/Ediciones Uniandes, Bogotá, 1999.

Afortunadamente existen también excelentes trabajos nacionales que muestran la recepción, usos y límites en Colombia del nuevo derecho constitucional y del creciente poder de la interpretación constitucional. Sin pretender ser exhaustivo, véanse

- AA.VV. Observatorio de Justicia constitucional 1996. Universidad de los Andes/Siglo del Hombre, Bogotá, 1998.
- AA.VV. Derecho Constitucional: Perspectivas críticas. Universidad de los Andes/Siglo del Hombre, Bogotá, 1999.
- Alejandro Aponte, "La tutela contra sentencias: El juez como garante de los derechos humanos fundamentales", Revista de Derecho Público Universidad de los Andes, Sept. 1993.
- Rodolfo Arango, "Jurisdicción e interpretación constitucional", Revista de Derecho Público, vol. IV, 1993, p. 31.
- Rodolfo Arango, "El valor de los principio fundamentales en la interpretación constitucional", Revista de Derecho Público, vol. 5, 1994, p. 51.
- Rodolfo Arango, "Hay respuestas correctas en el derecho?", Siglo del Hombre editores, Bogotá, 1999.
- Manuel José Cepeda, "Introducción a la constitución de 1991: Hacia un nuevo constitucionalismo", Consejería para el desarrollo de la constitución, Bogotá, 1993.

- Manuel José Cepeda, “Los derechos fundamentales en la constitución de 1991”, Temis, Bogotá, 1992.
- Manuel José Cepeda, “Los derechos y la interpretación de la constitución”. Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes, Sept. 1993.
- Manuel José Cepeda, “Derecho constitucional jurisprudencial: Las grandes decisiones de la Corte Constitucional”, Legis, Bogotá, 2001.
- Tulio Elí Chinchilla, “¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales”, Temis, Bogotá, 1999.
- Oscar Dueñas, “Jurisprudencia humanista en el constitucionalismo económico”. Librería del Profesional, Bogotá, 2000.
- Oscar Dueñas, “Control Constitucional: Análisis de un siglo de jurisprudencia”. Librería del Profesional, Bogotá, 2000.
- Mauricio García, “Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”. En “El Caleidoscopio de las justicias en Colombia”, Colciencias, Bogotá, 2001.
- Mauricio García y César Rodríguez, “La acción de tutela”, En “El Caleidoscopio de las justicias en Colombia”, Colciencias, Bogotá, 2001.
- Mauricio García, “Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”. En “El Caleidoscopio de las justicias en Colombia”, Colciencias, Bogotá, 2001.
- Marco G. Monroy C, “La interpretación constitucional”, Librería del profesional, Bogotá, 2002.
- Sandra Morelli, “La corte constitucional: Un papel institucional por definir”, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2001.
- Iván Orozco y Juan Gabriel Gómez, “Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal”, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1997.
- Nestor Iván Osuna, “Tutela y amparo: derechos protegidos”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- Nestor Iván Osuna, “Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- César Rodríguez, “Nueva interpretación constitucional”, Editorial Díké, Medellín, 1998.
- César Rodríguez, “La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin”, Siglo del Hombre/Ediciones Uniandes, Bogotá, 1997.
- Luis Carlos Sábica, “Nuevo constitucionalismo colombiano”, Temis, Bogotá, 2000.

- Rodrigo Uprimny, Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En “El Caleidoscopio de las justicias en Colombia”, Colciencias, Bogotá, 2001.
- Rodrigo Uprimny, “El ‘laboratorio’ colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia”. En “El Caleidoscopio de las justicias en Colombia”, Colciencias, Bogotá, 2001.
- Rodrigo Uprimny y Mauricio Villegas, “The Constitutional Court and Social Emancipation in Colombia”, *mimeo*.
- Rodrigo Uprimny, “Estado social de derecho y decisión judicial: Un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica”. En “Hermenéutica Jurídica”, Universidad del Rosario, Bogotá, 1997.

## PLAN DEL MÓDULO

Para el logro de los objetivos específicos anteriormente planteados, el módulo investigará, por unidades, los siguientes temas:

Unidad 1:

El arte y la teoría de la interpretación jurídica

Unidad 2:

Los métodos de interpretación constitucional en Colombia

Unidad 3:

Ponderación, balanceo y tests como técnicas de interpretación en derecho constitucional contemporáneo

Unidad 4:

Vinculatoriedad del precedente constitucional

Unidad 5:

Organizando la jurisprudencia: Análisis citacional y sentencias hito

Unidad 6:

Formación de líneas jurisprudenciales

Unidad 7:

Interpretando las sentencias: *ratio decidendi*, *obiter dictum*, disanalogía y cambio de jurisprudencia

# UNIDAD 1

## EL ARTE Y LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA



Mediante el estudio de la primera unidad usted podrá apreciar el papel de la teoría tradicional de la interpretación de la ley en la interpretación constitucional y su conexión con los problemas interpretativos que se presentan en otras esferas de la cultura.



En particular, usted podrá:

- Relacionar e incorporar las experiencias interpretativas ordinarias en otros campos de la cultura, con las formas profesionales de interpretación jurídica que usted despliega como juez.
- Ejercitarse en la utilización de la observación como una forma válida para profundizar en el "arte de la interpretación".
- Experimentar con textos escritos no jurídicos para reflexionar sobre cuáles son sus creencias básicas sobre cómo debe interpretarse un texto y corroborar si esas creencias operan o no en la interpretación jurídica.
- Apreciar la importancia fundamental de tener, como juez, una teoría coherente de la interpretación constitucional .
- Identificar la conexión que hay entre identidad personal y grupal con las formas ó métodos de interpretación preferidos.
- Finalmente animar a los jueces para que intenten definir una teoría coherente y clara de cómo debe, por regla general, interpretarse un texto jurídico.



## I. LA TEORÍA TRADICIONAL DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

### A. INTRODUCCIÓN: ESCRITURA E INTERPRETACIÓN

En la enseñanza del derecho se habla del problema de la “interpretación” sin quizás comprender la historia, trascendencia y dificultad de este concepto. La interpretación no es un problema *frío* o técnico del derecho. Se trata, más bien, de una de los problemas capitales de la cultura humana que tiene que ver, incluso, con la identidad personal y moral de individuos y grupos humanos. Su origen tiene que ver con una característica fundamental de la cultura: desde hace varios siglos, muchas comunidades humanas han escogido incorporar, en textos escritos, sus creencias y directivas normativas más importantes, bien sea religiosas o jurídicas. De esta manera, en general, se pasó de la oralidad de la norma a la escrituralidad (de la *lex non scripta* a la *lex scripta*) como técnica de control social. Los textos en los que se empezaron a fijar las normas por escrito constituyen, hasta nuestros días, las piezas fundamentales de varias culturas, incluyendo sus aspectos religiosos, políticos y jurídicos.

La escrituralidad en la religión originó las así llamadas “religiones del libro” en las que se interpreta la Biblia, el Korán o la Torah; análogamente, podríamos hablar de “derechos del libro”, refiriéndonos a las tradiciones jurídicas occidentales que desde Justiniano y su *Corpus Juris Civilis* han tratado de encontrar las reglas que rigen el comportamiento humano en grandes textos omni-comprensivos.

En el derecho occidental, los estados-nación europeos retornaron a la escrituralidad del derecho siguiendo ideales iluministas durante los siglos XVIII y XIX, luego de un período de dominio parcial de las costumbres locales. Así pues, casi todos los estados-nación establecieron, primero, grandes codificaciones, de las cuales la civil fue la primera y más importante, y luego, la mayoría de ellos también optaron por la adopción de constituciones políticas escritas, siguiendo así el ejemplo de los revolucionarios norteamericanos.

Hoy por hoy son bien pocos los ejemplo de países que no hayan codificado por escrito su derecho privado o público: Alemania, el país de la Europa continental que más resistió la adopción de un Código Civil, finalmente claudicó con la expedición del suyo propio en 1900. Inglaterra y Estados Unidos siguen desarrollando un *common law* como núcleo del derecho privado que se ha resistido a una codificación formal. De otro lado, son también cada vez menos los países que todavía poseen constituciones consuetudinarias no escritas en el modelo de la Gran Bretaña. Canadá recientemente codificó su propio Bill of Rights e incluso en

la Gran Bretaña e Israel la opinión pública parece decantarse cada vez con mayor fuerza a favor de codificaciones constitucionales escritas.

Esta técnica de codificación por escrito de la religión o del derecho ha originado múltiples preguntas por el significado de los textos, la manera de descubrir nuevas respuestas en ellos que resuelvan cambiantes necesidades sociales. Frente a un texto escrito que contiene las normas a seguir el intérprete siente con frecuencia la ansiedad relacionada con mantener un adecuado balance entre fidelidad al texto y creatividad en la interpretación para lidiar con problemas sociales nuevos o inadecuadamente tratados.

## B. LA "INVENCION" DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA MODERNA

El desarrollo de una hermenéutica crítica de los libros normativos (religiosos o jurídicos), esto es, de una reflexión sistemática sobre los métodos correctos para interpretar textos, es una cuestión nacida en la modernidad. Sólo hasta los siglos XVIII y XIX se empezó a hablar de manera sistemática de una hermenéutica crítica por contraste con la simple exégesis o comentario de los textos: "No se hablaba entonces de 'problema hermenéutico', considerado en sí, sino más bien de 'ars interpretandi', de 'sensus scripturae', de 'regulae interpretationis' o simplemente de exégesis".<sup>3</sup>

El nacimiento de esta hermenéutica crítica se dio paralelamente en la teología, la filosofía, el arte y el derecho.<sup>4</sup> Autores alemanes del siglo XIX construyeron de manera fundamental a la creación de este discurso: fueron ellos los primeros en sistematizar un saber histórico-crítico respecto de las escrituras, religiosas o jurídicas. En el campo del derecho, específicamente, Carlos Federico de Savigny adoptó gran parte de los logros alcanzados en otras áreas de la cultura a la hermenéutica del derecho. Para él, "es la interpretación un arte que se aprende por el estudio de los grandes modelos que la antigüedad y los tiempos modernos ofrecen en abundancia, al contrario de lo que sucede con la teoría de este arte, respecto a la cual, por circunstancias accidentales, nos encontramos sumamente pobres".<sup>5</sup>

Dada la pobreza de la teoría hermenéutica en derecho, Savigny busca sistematizar lo aprendido de la observación cuidadosa de cómo interpretaban, en

3 Marle René, *El problema teológico de la hermenéutica*. Madrid, Razón y Fé, 1965, p. 14.

4 Para Savigny "la interpretación de la ley en nada difiere de la interpretación de cualquier otro tipo de pensamiento expresado por el lenguaje, como por ejemplo, la de que se ocupa la filología". Carlos F. von Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, § 33.

5 *Ibid.*, § 32.

concreto, los grandes juristas antiguos y modernos. Con fundamento en estas observaciones, Savigny se propone pasar del arte (basado en la observación) a una teoría de la interpretación (basada en la sistematización de lo observado). La teoría de la interpretación, pues, no es otra cosa que un método abstracto de interpretación en el que se condensaban las enseñanzas obtenidas de la práctica o “arte de la interpretación”. Por esta razón, puede decirse que con Savigny y otros autores alemanes de la primera mitad del siglo XIX, nace la teoría general de interpretación del derecho que ha dominado, desde entonces, de manera tan prevalente en Europa y su esfera de influencia.

Esta teoría general se importaría a los nacientes derechos patrios de América Latina por vía de la consagración que recibió en el Código de don Andrés Bello. Las normas de Bello sobre interpretación provenían, a su vez, de la positivización que hizo el Código Civil de Louisiana de la metodología propuesta por Savigny. Cabe anotar, por otra parte, que el Código Napoleón de 1804 no incluía en su texto normas expresas sobre interpretación de la ley. Esta falta de normatividad fue la que le permitió a los civilistas franceses desarrollar una forma de interpretación excesivamente literalista, también conocida como “escuela de la exégesis”.

La teoría de Savigny postulaba, en líneas generales, que la interpretación de la ley se descomponía en cuatro elementos constitutivos: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. La explicación de los elementos la hace así Savigny:

“El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes.

El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes.

El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que el precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema”.<sup>6</sup>

---

6 Ibid., § 33.

Los cuatro métodos de Savigny superan en mucho al hiper-textualismo propio de la exégesis de los franceses. Postulan una comprensión mucho más compleja del texto legal. Para Savigny, además, debe tenerse presente “que no son estas cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda escogerse a gusto o al capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que algunos de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar”.<sup>7</sup>

La teoría de Savigny, sin embargo, tampoco traspasa el campo propio de la interpretación meramente filológica y, por esta razón juristas posteriores lo acusaron de ser “conceptualista”, interesada más en la integridad hermenéutica y filológica de los textos legales (de derecho romano) pero ajeno a las realidades sociales contemporáneas.<sup>8</sup> Para entender bien esta crítica a Savigny no basta sólo con citar los elementos que él consideraba apropiados en la interpretación de la ley. Más dicentes aún, son aquellos elementos que él desechara como completamente impropios de la interpretación de la ley.

La polémica explícita contra estos elementos explica la crítica posteriormente levantada contra su sistema de interpretación, según la cual, para él, el *fin* o la *intención* de la ley es un criterio cuya aplicación “pide mucha reserva”. En circunstancias normales, Savigny piensa que este criterio no es aplicable a la ley, bien sea porque el fin de la ley no es determinable, bien porque usualmente no guarda mucha relación con el contenido específico de la norma. Así las cosas “la ignorancia en que nos hallamos respecto del motivo de la ley en nada disminuye su autoridad”.<sup>9</sup> Igualmente, Savigny pensaba que el método que consiste “en la apreciación del resultado obtenido es de todos los métodos el más aventurado, pues el intérprete corre el riesgo de excederse en sus poderes y entrarse en el dominio de la legislación”.<sup>10</sup> Por esta razón el método consecuencialista de interpretación “debe circunscribirse en los más estrechos límites”.<sup>11</sup>

La metodología tradicional de Savigny, con la importancia supérstite que tiene en el derecho contemporáneo, puede resumirse así: postula los cuatro elementos (gramatical, lógico, histórico y sistemático) y desfavorece de manera muy clara los elementos finalista y consecuencialista. Esta teoría tradicional de

7 *Ibid.*

8 Ihering iniciará esta línea de crítica contra la teoría savigniana de la interpretación. Luego, la mayor parte de autores de comienzos del siglo XX (F. Gény, R. Pound, E. Ehrlich, M. Planiol, por sólo citar algunos) acompañarán esta crítica a la jurisprudencia “mecánica”, “silogística” o “conceptualista”.

9 Savigny, *op. cit.* § 34.

10 *Ibid.*, § 35.

11 *Ibid.*

la interpretación será fuertemente resistida en el derecho constitucional contemporáneo donde los elementos finalista y consecuencialista han venido ganando fuerza de manera indiscutible.

Bello, a diferencia de los codificadores franceses, ya pudo conocer parcialmente la doctrina hermenéutica de Savigny (incluida en su libro de 1839, "Sistema del derecho romano actual").<sup>12</sup> Dicho conocimiento le permitió incorporar en los artículos 25 a 32 del Código Civil Colombiano normas sobre interpretación de las leyes que, como se verá luego, siguen siendo de amplísima utilización, no sólo en el derecho legislado sino también en el derecho constitucional.

Estas teorías de interpretación nacieron originalmente con el propósito de interpretar reglas de derecho privado. Luego, sin embargo, han sido expandidas a la interpretación constitucional ya que los problemas que genera la interpretación del texto constitucional son análogos, aunque no idénticos, a los problemas de interpretación de la ley. Más adelante examinaremos los parecidos y diferencias que justifican, al menos en parte, la aplicación de los criterios clásicos savignianos de interpretación de la ley a la constitución.

## II. LA INTERPRETACIÓN "MODERNA": FINES, CONSECUENCIAS E INTERESES EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La metodología de interpretación savigniana originó, según las dicientes palabras de Thibaut, un "hartazgo erudito". El primer autor que claramente empieza a criticar la insuficiencia de los cuatro elementos de interpretación savignianos es Rudolf von Ihering.<sup>13</sup> Según él, a Savigny se le debía criticar su excesiva concentración en el texto escrito del derecho (aunque no era un mero exégeta) y su flagrante olvido de los problemas prácticos que las normas buscan resolver en la vida. Por tal razón, Ihering empieza a criticar el llamado "conceptualismo" de Savigny y a proponer un mayor énfasis en el "fin" del derecho y de las normas.

Por "fin" debe entenderse, en general, una adecuada comprensión del problema social que la ley busca resolver y una evaluación de si, en el caso concreto, la aplicación de la norma se traduce en las consecuencias que se desprenden de su propósito. Desde este punto de vista, el intérprete jurídico está en la obligación de entender la

---

12 Recuérdese que el Código Civil es el resultado de la aprobación en 1855, por parte del Congreso chileno, del tercer proyecto preparado por don Andrés Bello.

13 Véase, entre otros, "El cielo de los conceptos jurídicos: Una fantasía" en "Bromas y veras en la jurisprudencia", "La lucha por el derecho", Temis, Bogotá, 1990 o su estudio "Del interés en los contratos" en "Estudios Jurídicos", Heliasta, Buenos Aires, 1974.

política pública, social o económica que la ley encarna e interpretar la norma para buscar de manera primaria la efectiva realización de dicha política. De esta manera el juez está autorizado a velar por la realización de las consecuencias específicas de la política encarnada en la ley, incluso si para ello debe sacrificar el texto, la historia, la lógica o el sistema. O de otra forma: texto, historia, lógica y sistema deben ser usados (y alineados) como forma para entender o, en algunos casos, reconstruir el propósito remedial de la ley. Todos estos arbitrios de interpretación formalista deben ceder el paso a una consideración práctica del fin o propósito de la norma y a la evaluación de si la norma interpretada conduce a las consecuencias queridas. La prevalencia del fin y de las consecuencias de la norma es la principal forma de interpretación anti-formalista en derecho, más relacionada con el conocimiento de los problemas sociales y su resolución práctica. En ese sentido, la relación fin-consecuencia adquiere primacía sobre el texto, la historia, la lógica o el sistema jurídico.

La metodología anti-formalista de interpretación anunciada por Ihering parece, en principio, más “libre” que la propuesta por Savigny. Esa mayor libertad significa en concreto que un apego excesivo al texto de la ley, en desmedro de los fines sociales, se traduce, no en el respeto del principio de legalidad, sino en un fetichismo de la ley escrita. La interpretación anti-formalista, sin embargo, no es discrecional o subjetiva. Le exige al juez un mayor conocimiento de las realidades en las cuáles ha de operar la norma. Por tal razón, Ihering<sup>14</sup>, Géný<sup>15</sup>, Heck<sup>16</sup>, Ehrlich<sup>17</sup>,

---

14 Véase *supra*.

15 Fundador de la “escuela científica” en derecho civil francés, postulaba que la ley no era suficiente para guiar al juez y que por tanto este debía realizar un “libre investigación científica”. En este postulado se exigía del juez la identificación de los problemas sociales a resolver, la postulación de la norma pretoriana que efectivamente pueda hacerlo y su decisión conforme a esta decisión de “política pública” pretoriana. Su libro de 1898 cambió profundamente la concepción de interpretación vigente hasta entonces en Francia. Véase Géný, “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”, Comares, Granada, 2000. Su crítica a la exégesis y al conceptualismo savigniano marcaron una nueva etapa en el derecho civil. Su recepción en Colombia fue calurosa, aunque tardía, especialmente en las manos de Eduardo Zuleta Angel, “El fetichismo de la ley”, *Revista de Indias*, No. 1 (1936). Un recuento completo de la teoría de Géný y su influencia en Colombia puede verse en Diego López Medina, “Comparative Jurisprudence: Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America”, por publicar, 2002.

16 Fundador en Alemania de una “jurisprudencia de intereses”, que según sus palabras era tanto tributaria como superadora de la “jurisprudencia teleológica” de Ihering. Véase Philipp Heck, “El problema de la creación del derecho”, Comares, Granada, 1999. Otros autores pertenecientes a esta escuela incluyen a Max Rümelin, Julius Binder, Paul Oertmann y Hermann Isay. Véase al respecto Magdalena Schoch (edit.), “The jurisprudence of interests”, Harvard, Cambridge, 1948.

17 Fundador de la “jurisprudencia del derecho libre”, relacionada tanto con la “jurisprudencia teleológica” como con la “jurisprudencia de intereses”, pero usualmente caracterizada como el elemento radical en esa misma tradición. Véase Eugen Ehrlich, “Fundamental Principles of the Sociology of Law”, Harvard, Cambridge, 1936.

Pound<sup>18</sup>, y los otros teóricos líderes de una conciencia hermenéutica anti-formalista que recorrió con gran energía el mundo en el primer cuarto del siglo veinte, le exigían al juez una mayor preparación interdisciplinaria en economía, sociología, psicología, estadística etc., para poder (i) identificar los fines o propósitos de la ley a la luz de las necesidades contemporáneas y (ii) calcular correctamente si una cierta interpretación, aplicación o integración de la norma produciría las consecuencias que su fin exigía.

Su

- El "arte de la interpretación" es la experiencia en el trabajar de dar sentido a textos o productos culturales. La "teoría de la interpretación" es un conjunto de enunciados en los que se busca sistematizar la observación y la experiencia extraídas de la práctica del arte.
- Nadie puede tener una buena teoría de la interpretación sin haber practicado duramente mucho tiempo de manera diestra el arte de la interpretación.
- La teoría de la interpretación jurídica es una creación del siglo XIX que sigue dominando las manera de trabajo contemporáneo en derecho..
- La interpretación jurídica está inextricablemente unida a la interpretación en general.

Ca

- Identifique los "elementos" de la teoría savigniana de la interpretación en el Código Civil colombiano.
- Hay dos teorías sobre los artículos 25 a 32 del Código Civil: Para unos, los artículos presentan criterios de interpretación jerarquizados de manera que si el criterio gramatical resuelve el problema interpretativo ya no es necesario avanzar en la aplicación de los otros elementos; para otros la aplicación de *todos* los elementos es necesaria para *todos* los casos. ¿Con qué tesis se identifica Ud.? ¿Por qué?
- Los autores nacionales afirman que el Código Civil ya contiene un elemento *finalista* de interpretación. Según lo visto en la exposición esta afirmación es anacrónica. ¿En cuál texto del Código Civil está contenido el elemento finalista? ¿Su no inclusión implica que los jueces en Colombia no pueden utilizar ese criterio hermenéutico?

---

18 Receptor en Estados Unidos de este anti-formalismo sociológico y fundador de una escuela crítica llamada usualmente "jurisprudencia sociológica". Véase al respecto Roscoe Pound, "Social Control through Law", Yale, New Haven, 1942. El propósito explícito de este libro es, primero, identificar y explicar las necesidades, exigencias e intereses de los hombres en un determinado orden social. Segundo, expresar las expectativas de la mayoría respecto de lo que desean o esperan que el derecho haga en la sociedad. Y tercero, guiar a los jueces en la aplicación del derecho en consonancia con los anteriores principios.

# At

## EL ARTE DE INTERPRETAR

Propósito específico:

Para aprender a interpretar bien, Savigny proponía observar con atención cómo las personas interpretan textos. El propósito de los siguientes ejercicios es que Ud. analice cómo otras personas interpretan textos y trate de identificar y evaluar los métodos por ellos utilizados.

Ejercicio No. 1

¿RAFAEL ESCALONA O CARLOS VIVES?

Preparación para la sesión:

Escoja distintas versiones de una o más piezas musicales o canciones (cultas o populares, depende de Ud.) Escuche con atención las distintas versiones. No confíe en su memoria o en su prejuicio. Trate en realidad de juzgar el mérito comparativo de las versiones. Considere al mismo tiempo el siguiente texto de Francesco Carnelutti:

“¿Eleonora Duse o Beniamino Gigli, Paganini o Toscanini, qué son sino intérpretes de música o poesía? El intérprete jurídico es su hermano. La interpretación jurídica y la interpretación artística no son dos cosas diversas sino la misma cosa. Si el derecho no fuera arte, no habría interpretación en su campo. La interpretación jurídica es una forma de interpretación artística; y si no tuviese este carácter no sería interpretación. La grandeza de Vittorio Scialoja [el gran jurista italiano] y de Arturo Toscanini pertenecen a una sola categoría.”<sup>19</sup>

### PREGUNTAS Y REFLEXIONES

Trate de explicar los criterios por los cuales una interpretación musical de las presentadas le parece más válida que otra.

- ¿Es posible convencer a alguien de la superioridad de alguna interpretación?
- ¿Cómo, y con qué argumentos, fue posible convencer a alguien que otra interpretación musical era mejor?
- Asuma que sus sentencias judiciales son obras de arte. Escoja la mejor, la más elegante, la interpretativamente más sofisticada y dígale a

19 Carnelutti Francesco, “Arte del derecho”, citado por Carlos Restrepo Piedrahita en “Tres variaciones alrededor del derecho: Música y derecho”, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1956.



su grupo de trabajo por qué se siente orgulloso(a) de esa sentencia. Haga una lista de los factores externos e internos que llevan a un juez a hacer buenas sentencias.

- ¿Hay alguna obra maestra en la jurisprudencia nacional? ¿Hay una sentencia que Ud. esté dispuesto(a) a considerar como ejemplo de buen hacer interpretativo? ¿Por qué?

## Ejercicio No. 2.

### INTERPRETACIÓN BÍBLICA Y DERECHO

#### Preparación para la sesión:

##### Advertencia preliminar :

Esta sesión requiere de gran altura y preparación por parte de los participantes. La interpretación es un tema difícil y controversial como, sin duda, lo dejará ver la adecuada ejecución de la siguiente dinámica.

La relativa estabilidad de la interpretación católica de la Biblia se ha roto en Colombia en los últimos años con la llegada al país de numerosas iglesias y denominaciones cristianas y no cristianas. Estas nuevas denominaciones han renovado el interés por la cuestión de la interpretación de la Biblia, obligando a muchas personas a replantear su propia posición respecto de la manera cómo debe leerse y entenderse la escritura. En ese marco de ideas, identifique con su grupo de estudio a una denominación no católica que tenga una presencia significativa en su lugar de trabajo. Invite a un representante a hablar con los jueces sobre las formas correctas de interpretación bíblica. Por ninguna razón polemice con el invitado. Uds. sólo quieren aprender de él, un hermeneuta profesional, no antagonizarlo o hacerlo sentir mal. Explíquelo claramente al invitado los propósitos de la dinámica. Pídanle el favor que hable sobre uno o varios temas, identifique los textos bíblicos y explique sus formas de interpretación escritural. Juzguen entre Uds. si sería útil traer a personas de más de una denominación (pero mucho ojo con el proselitismo o la faccionalización del debate!!!) A continuación se ofrecen algunos posibles temas:

- En conversación con los Bautistas: ¿A qué edad debe suministrarse el bautismo como rito de entrada al cristianismo? ¿Qué textos bíblicos son aplicables al asunto?
- Con varias denominaciones: ¿Cuál es el significado del texto: “Dar a Dios lo que es de Dios, y al César lo que es del César”?
- Con los Testigos de Jehova: ¿Prohíbe la Biblia las transfusiones de sangre? Lea la sentencia T-474/96 y tome una posición al respecto.
- Con los hermanos Menonitas: ¿Justifica la escritura la objeción de conciencia absoluta al servicio militar obligatorio? Lea la sentencia T-401/92.

### Conducción de la Sesión: Dinámica Grupal

Un juez debe coordinar la sesión. Escuche atentamente la exposición del invitado. Hágale preguntas corteses y prudentes sobre los textos bíblicos y su forma de interpretarlos. Trate de suprimir sus propias creencias a la hora de hacer preguntas. ¿Puede?

#### PREGUNTAS Y REFLEXIONES

Al final, trate de hacer una descripción de la forma como el invitado interpretó el texto:

- ¿Cuál fue el método o métodos empleado por el invitado?
- ¿Hay relación entre el método y los resultados obtenidos?
- ¿Algo lo molestó en el método empleado por el invitado? ¿Por qué?
- ¿Cuál es su propia teoría de interpretación del texto bíblico?
- ¿Qué diferencias y qué parecidos resaltaría Ud. comparando la interpretación bíblica y la interpretación jurídica?
- ¿De qué manera se evita la intervención de creencias religiosas personales en la interpretación jurídica?
- Describa las formas o procedimientos mediante el juez ejerce auto-control para evitar que sus opiniones personales tengan influencia indebida en la toma de decisiones.

### III. INTERPRETACIÓN E IDENTIDAD PERSONAL

Como es claro de los ejercicios en el arte de la interpretación que acaba de realizar, el hablar de “hermenéutica del derecho” evoca inmediata y directamente la hermandad del jurista con todos aquellos que también dedican su trabajo a interpretar otras obras culturales: teólogos, artistas, críticos, cartógrafos historiadores etc., etc. El aprendizaje original sobre interpretación en derecho se llevó a cabo mediante la observación detenida y meticulosa de cómo otras personas interpretaban objetos culturales análogos al derecho. El primero de esos objetos fue la Escritura cristiana. Narra el teólogo René Marle respecto del cristianismo primitivo:

“Sabemos que la teología estuvo entonces en gran parte dominada entre las escuelas de Alejandría y Antioquía [...] La oposición entre las escuelas [...] procedía de dos concepciones distintas de la hermenéutica, más solícita por la fidelidad literal la una, y por la búsqueda del sentido profundo, “espiritual” la

otra. También aquí, los historiadores y teólogos contemporáneos reconocen cada vez más, que bajo la apariencia de cuestiones de método, era en realidad toda una inteligencia de la fe lo que estaba en juego en las disputas.<sup>20</sup>

Tiempo después, en la época de la Reforma, el problema hermenéutico vuelve a vivirse con toda su fuerza. La Reforma Luterana introduce un nuevo principio hermenéutico, el principio del *scriptura sola*, mediante el cual se pretende mostrar que la escritura puede explicarse a sí misma, de manera directa ante el creyente. La escritura es entonces llamada “*per ses certissima, facillima, apertissima, sui ipsius interpres, omnium probans, judicans et illuminans*”. La reacción de los católicos en el Concilio de Trento propone una hermenéutica distinta:

“Para contener algunos espíritus indóciles [el Santo Concilio], decide que nadie, en las materias de fe o de costumbre que forman parte del edificio de la doctrina cristiana, debe osar, fiándose de su propio juicio, desviar la Sagrada Escritura hacia un sentido personal, contrariamente al sentido que ha defendido y defiende nuestra Santa Madre la Iglesia, a quien toca juzgar del sentido e interpretación verdadera de las Sagradas Escrituras, ni tampoco interpretar esta Sagrada Escritura contra el consenso unánime de los Padres, aunque este género de interpretación no deba nunca ser publicado”.<sup>21</sup>

Puede concluirse diciendo que la interpretación de textos no es un problema técnico, sino que se trata de la preocupación más general de hacer hablar a un texto normativo que, por definición, no puede hablar por sí mismo para decirnos qué hacer. Ese es un problema candente que, como es obvio, ha suscitado muchas reflexiones entre todo tipo de personas que tienen que tomar decisiones con fundamento en textos que no hablan por sí mismos: El prototipo de estos textos ha sido, en la experiencia religiosa, “el libro”. Cristianismo, islamismo y judaísmo comparten todas las características de ser religiones del libro, en las cuales las normas de la vida religiosa, política, moral y jurídica se han desprendido de un texto escrito que ha tenido que ser interpretado milenariamente por los miembros de esa comunidad. El derecho occidental codificado (tanto público como privado), por esta razón, se parece a las religiones del libro y se diferencia de manera fundamental de derechos tradicionales no escritos o consuetudinarios.

En todas estas tradiciones religiosas el creyente se define, no tanto por las creencias que posee, sino por el acercamiento interpretativo al texto que lo caracteriza. Uno podría decir, por ejemplo, que la diferencia más significativa entre

---

20 Marle René, *op. cit.* p. 11 (énfasis añadido).

21 Concilio de Trento, Num. 786.

protestantismo y catolicismo radica en las dispares teorías de la interpretación bíblica que hay entre las dos iglesias. En ese sentido la identidad del creyente está directamente relacionada con las técnicas hermenéuticas que prefiere. Sorprende, por contraste con el creyente, que los juristas colombianos usualmente no tengan una opinión fuerte sobre cómo debe interpretarse la constitución o la ley. Sin embargo, parecería fundamental que cada juez que aplique la constitución de manera neutral y coherente pueda explicar, *ex ante*, cuáles son sus criterios hermenéuticos fundamentales, de la misma forma como un creyente o un músico parecen hacerlo. Cada lectura del creyente está mediada por una teoría de la interpretación que es capaz de aplicar firmemente caso tras caso. Los juristas, cuando no tienen una teoría de la interpretación, quedan sometidos al vaivén del momento y por esa razón sus resultados hermenéuticos más parecen resultados discrecionales en vez del ejercicio coherente de una visión neutral de la interpretación jurídica.

La teoría tradicional de Savigny ofrecería un marco tradicional, neutral y coherente de interpretación si se siguiera su advertencia en el sentido de que todos los elementos deben ser aplicados conjuntamente, en vez de simplemente escoger estratégicamente entre ellos. Los juristas, la verdad sea dicha, parecen entrar a saco roto y escoger según la circunstancia cómo interpretar. Por esta razón los creyentes poseen teorías de la interpretación más coherentes y neutrales. Los abogados, en la interpretación de la ley y de la constitución, deberían sujetarse a un estándar similar al que parecen tener los creyentes.

Para tener una teoría propia de la interpretación jurídica sería conveniente tratar de jerarquizar los elementos clásicos de interpretación de Savigny y de Ihering. Piense, primero, qué prioridad le da Ud. comúnmente en sus sentencias a cada uno de los criterios: texto, lógica, historia, sistema y fin. En el siguiente cuadro ponga en primer lugar el criterio que a Ud. le parece más importante, y explique al frente las razones político-jurídicas que lo hacen preferir esa metodología:

Elemento de interpretación	Justificación jurídica, política o institucional
1°	
2°	
3°	
4°	
5°	

De sus conversaciones sobre interpretación en música o religión uno puede observar cómo la gente también tiene distintas gradaciones de los elementos

hermenéuticos. Algunos credos cristianos hacen mucho énfasis en la fidelidad textual. Para otros los textos deben ser interpretados en relación con el contexto contemporáneo y piensan, por lo tanto, que un excesivo textualismo es una forma de corrupción del verdadero “espíritu” de la norma.

- El jurista, en cualquiera de sus roles, lo mismo que el creyente, debe tener una teoría sistemática y coherente de la interpretación legal y constitucional. Para ello debe jerarquizar los criterios que ha de utilizar y debe ser capaz de explicar las razones de esa jerarquización.

# UNIDAD 2

## LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Og

Mediante el estudio de esta unidad usted entenderá el origen histórico y dogmático de la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces colombianos. Igualmente tendrá, al finalizar esta unidad, una visión de conjunto de las herramientas de interpretación contemporáneas que están a su disposición.

Oe

- Examinar la evolución del derecho constitucional para identificar los procesos que llevaron a una creciente constitucionalización del derecho común.
- Evaluar la conveniencia dentro del sistema jurídico nacional de dicho proceso de constitucionalización del derecho.
- Identificar y estar en capacidad de aplicar los métodos de interpretación de los que dispone el juez al interpretar la constitución.

### I. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN: SUPREMACÍA DE LA LEY VERSUS CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

En Colombia, el tema de la interpretación jurídica se resolvía mayormente, con anterioridad a 1991, en el problema de la interpretación de la ley. En Francia, luego de la revolución, se instauró una nueva y radical idea de legalidad que habría de ser fundamental en la estructuración del moderno estado liberal. La importancia central de “El Espíritu de las Leyes” de Montesquieu fue precisamente en haber delineado, en grandes rasgos, los notas esenciales de este nuevo orden legal. En esta idea de legalidad liberal se destacaban, por encima de todo, dos características:

En primer lugar, el derecho tenía como fuente privilegiada (sino única) a la ley; por tal razón, autores contemporáneos han venido a hablar de “legocentrismo” para designar la teoría política liberal que privilegia el derecho democrática-

mente legislado como única manera de hacer que los hombres libres obedezcan los mandatos que ellos mismos se dan. Así, para Montesquieu,

“puesto que en un Estado libre, todo hombre, considerado como poseedor de un alma libre, *debe gobernarse por sí mismo*, sería preciso que el pueblo en cuerpo desempeñara el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes Estados, y como está sujeto a mil inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por *sí mismo*”.<sup>22</sup>

En segundo lugar, el ideal liberal no sólo contemplaba la primacía de la ley, sino que además postulaba un método de interpretación hiper-literalista como única solución al problema de evitar la usurpación de la voluntad general en manos de los aplicadores del derecho (los jueces). Montesquieu igualmente aleccionaba al respecto:

“El poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo [...] de esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión [...] Pero si los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella”.<sup>23</sup>

En el mundo liberal post-revolucionario, pues, se confiaba en el legislador como expresión de la voluntad general; segundo, se aspiraba a hacer “nulo e invisible” el papel del intérprete por mor de un respeto literalista a dicha voluntad general.

Los franceses, desde el comienzo de su vida republicana, también tuvieron textos constitucionales en los que se consagraban libertades públicas, pero la función de estos textos era claramente distinguible al de las leyes. Es más: “en Francia se ha partido de una situación en la que el legislador es considerado como el protector natural de los derechos y libertades [...] Para nosotros, la libertad está protegida precisamente por el legislador. Era inconcebible que hubiera que protegerse de él”.<sup>24</sup> Las normas constitucionales sobre derechos fundamentales servían como pactos políticos generales; los casos concretos, en cambio, debían

22 Barón de Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, Lib. XI, cap. vi.

23 *Ibíd.* Nótese que las recetas de Montesquieu han sido realizadas por el estado liberal, salvo por la importante excepción relativa al rompimiento del monopolio de los abogados sobre el juzgamiento en derecho.

24 Favoreu Louis, “El legislador de los derechos fundamentales”, en López Pina Antonio (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, p. 43.

regirse por las leyes particulares. Operaba así el principio de “soberanía parlamentaria” según el cual las leyes expedidas constitucionalmente por el Parlamento se reputaban necesariamente en obediencia de la Constitución. La supremacía de la ley justificó la decisión de los revolucionarios de prohibir la revisión judicial de los actos del parlamento<sup>25</sup>, actos que eran considerados infalibles desde el punto de vista del respecto a la constitución y de la promoción del bien común.<sup>26</sup> Por así decirlo, la Constitución fundaba el marco político de la República pero no era derecho en sentido técnico, entendido éste como las reglas concretas utilizables por los jueces en la solución de los conflictos particulares. La constitución se realizaba necesariamente a través de leyes aprobadas por el Parlamento y le estaba prohibido a los jueces entrar a revisar el contenido de las leyes bajo el pretexto de que vulneraban la constitución o los derechos fundamentales.<sup>27</sup> Igual percepción existió en Colombia en los albores de la Regeneración. La Ley 153 de 1887 establecía en su artículo 6º, de una manera típicamente francesa, que

“una disposición expresa de ley posterior á la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aun cuando parezca contraria á la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura ó deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe”.

El gran aporte del constitucionalismo norteamericano al estado de derecho liberal fue el de haber modificado el principio de “soberanía parlamentaria” y la presunción irrefutable de conformidad con la constitución que cubría las leyes regularmente expedidas. Desde los mismos comienzos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, este tribunal asumió el poder de anular leyes expedidas por

25 Artículos 6 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: “La ley es la expresión de la voluntad general”. Artículo 34 de la Constitución de Francia: “La ley fija las normas que regulan los derechos cívicos y las garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas”.

26 Burdeau, *Les Libertés Publiques*, LGDJ, Paris, 1972, pg. 262.

27 Hay discusión si la estructura del derecho constitucional francés ha variado con la introducción del Consejo Constitucional. Para algunos, como Favoreu, por ejemplo, la noción de bloque de constitucionalidad ha permitido también “proteger las libertades frente al legislador, y para ello se [ha optado] para una protección constitucional de las libertades. Si hasta los años setenta el legislador ocupaba el papel central, hoy ya no lo mantiene”. Favoreu, *op.cit.*, *ibid.* Para otros, y esta opinión me parece la más correcta, los publicistas franceses apenas empezaron desde la tercera república a tratar de cambiar la jerarquía normativa, poniendo la constitución por encima de la ley. El establecimiento de un Consejo Constitucional parecería haber resuelto la cuestión, pero dado el restringido campo de acción en el que usualmente trabaja el Consejo puede afirmarse que el principio de supremacía de la constitución sobre la ley no tiene todavía plena vigencia en Francia. Al respecto véase, Cyril Adjei, “The Comparative Perspective and the Protection of Human Rights à la Française”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17 (1997).



el Congreso que violaran, a su entender, el texto constitucional.<sup>28</sup> A esta idea se le llamó en inglés *judicial review* y, luego, en español, control de constitucionalidad. Esta derogación del principio de soberanía parlamentaria fue extendiéndose poco a poco por el resto del mundo ya que se comprobó que las legislaturas también podían violar los elementos fundamentales del pacto político. En Estados Unidos, originalmente, se sospechó de las legislaturas de los estados *federados*. El nacimiento del *judicial review* se explica con mayor claridad si se tiene en cuenta que en los Estados Unidos había una pluralidad muy conflictiva de ideas sobre el estado, la moralidad y el bien público y que el poder judicial federal debía controlar a estos distintos cuerpos legislativos cuyas concepciones amenazaban la unión política bajo una sola constitución. Luego, el mismo estado federal entró también a ser sospechoso y todos, ciudadanos, estados federados y estado federal empezaron a utilizar la constitución como escudo de defensa contra los demás. El dogma político de la revolución francesa sobre la infalibilidad constitucional del legislador entraba así en franco retroceso. Con la idea de *judicial review* la Constitución se convirtió en derecho en sentido técnico ya que empezó a influir directamente en los casos concretos sometidos a los jueces.

En Colombia la idea de control de constitucionalidad fue adoptada formalmente en el año de 1910. Jean Rivero ha dicho explícitamente que Colombia adoptó desde ese entonces el modelo americano, y no el francés, de constitucionalismo. En el Acto Legislativo 3 de dicho año se le otorgó a la Corte Suprema de Justicia la posibilidad de anular leyes que contrariaran la Constitución. Sin embargo la Corte no empezó a utilizar dinámicamente esa prerrogativa sino hasta el quinquenio 1935-40. La reforma constitucional del 36 le permitió a los jueces iniciar un proceso muy dinámico de adecuación de las leyes a la nueva orientación política inscrita en la constitución. Esta atribución de competencias y su uso a partir de los años treinta, sin embargo, tan sólo *constitucionalizó* la actividad del Congreso, pero no la aplicación del derecho por parte de los jueces inferiores. Bajo este modelo, el Congreso de la República empezó a ser sensible a las presiones que la Constitución generaba sobre su actividad legislativa. Los jueces inferiores, mientras tanto, seguían aplicando de manera preferencial las leyes legítima-

---

28 El caso de *Marbury vs. Madison* (1803) es universalmente citado como antecedente de esta prerrogativa. Hay que notar, sin embargo, que los poderes de control constitucional fueron muy escasamente utilizados a lo largo del siglo XIX. En general podría decirse que, incluyendo a los Estados Unidos, el siglo XIX fue el siglo de la soberanía legislativa del Congreso. El siglo XX, en cambio, ha implicado una participación mucho más activa del poder judicial en la determinación de las reglas jurídicas aplicables a casos concretos. Podría decirse, entonces, que en el siglo XX se ha pasado a una soberanía compartida entre legislativo y judicial.

mente expedidas. Rara vez tenía un juez común que eliminar alguna norma de los códigos nacionales por haberse declarado inconstitucional. Peor aún; no era necesario, salvo en rarísimas ocasiones, consultar el texto o la doctrina constitucionales para resolver los casos de la jurisdicción común. Para ello bastaba la ley y la doctrina legal. Más exótico aún era que jueces inferiores utilizaran la herramienta, muy agresiva, de la excepción de inconstitucionalidad.

La acción de tutela, establecida en 1991, introdujo un cambio mayúsculo a este panorama: por su propia dinámica, la tutela terminó *constitucionalizando* de manera muy importante el litigio corriente y no sólo, como ocurría antes, el proceso legislativo. Bajo el principio de soberanía parlamentaria, las oportunidades de control de constitucionalidad y, por tanto, de interpretación judicial de la constitución eran casi inexistentes. Con el establecimiento en 1910 del control abstracto, se le permitió al Congreso y a la Corte Suprema que entraran en una conversación inter-institucional donde ambos tenían con frecuencia ocasión para interpretar la constitución. La tutela, a partir de 1991, *democratizó* aún más la posibilidad de hacer interpretación constitucional ya que le dio esa función a todos los jueces colombianos que antes, de manera muy preferente, sólo realizaban interpretación legal. Los jueces regulares se vieron ahora en la necesidad de aplicar de manera el texto constitucional a demandas presentadas por la ciudadanía ante sus despachos. Esta nueva vía procesal los confrontó de una manera más evidente con la posibilidad de (i) aplicar e interpretar directamente textos constitucionales a casos ordinarios e, incluso, de (ii) inaplicar leyes o normas reglamentarias. Este cambio, sin embargo, tomó a los jueces colombianos por sorpresa: implicaba una nueva manera de concebir la relación, en sede judicial común, entre la constitución y la ley.

Diferentes voces se elevaron en el país a favor o en contra de este proceso de constitucionalización del derecho común. El debate aún no culmina aunque puede decirse, sin exageraciones, que ha avanzado en algo. Se trata, sin duda, de una de las polémicas jurídico-políticas más interesantes y profundas que han ocurrido en el país. Para los opositores, la constitucionalización del derecho común pone en peligro la predictibilidad de detalle que aseguran las reglas concretas contenidas en los códigos; para los entusiastas de la constitucionalización, la extensión de los valores políticos de la Constitución implica un paso adelante hacia la democratización y humanización de la vida de innumerables usuarios del sistema jurídico.

# Su

- El valor normativo de la Constitución es un resultado más bien reciente de la evolución del constitucionalismo occidental.
- En la historia del derecho público de occidente ha existido una tensión entre el principio de legalidad y la supremacía de la constitucionalidad que todavía se hace sentir en países como Colombia y Francia.
- La constitución de 1991 profundizó la aplicación directa de la Constitución, causando un marcado proceso de constitucionalización del derecho común.
- La tensión entre derecho legislado y constitucionalización se ha sentido marcadamente en el derecho colombiano. Las líneas jurisprudenciales actualmente vigentes han logrado balances importantes al interior de esta tensión.

## PUESTA EN COMÚN: JUICIO AL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

### Preparación para la sesión

- Piense en lo siguiente: ¿Cuáles son las diferencias más importantes que hay entre interpretar la constitución y la ley? ¿Qué dificultades específicas presenta la Constitución para su interpretación y aplicación? ¿Y la ley? ¿Es más difícil un trabajo que el otro? ¿Hacen cosas distintas los jueces cuando aplican uno y otro tipo de normas? Haga un listado de doble columna tratando de enunciar las diferencias entre las dos formas de interpretación. ¿Cuál es la diferencia entre principios y reglas? ¿Se interpretan de manera distinta unos y otros?
- A partir de este momento nos vamos a centrar más en la interpretación constitucional. Para ello trate de revisar y clarificar su opinión sobre el siguiente punto: ¿Qué opina Ud., en general del proceso de constitucionalización del derecho común? ¿Está a favor o en contra del mismo? Trate de listar primero los argumentos que Ud. tiene a favor de su posición. Luego liste los mejores argumentos que según cree Ud. tiene la posición contraria. Trate de discutir el tema con sus colegas jueces para avanzar en la discusión: sugiérales que discutan sobre las posibles propuestas que potencien los beneficios de la constitucionalización y que reduzcan sus inconvenientes. Anime a los jueces que piensen en propuestas que estén dentro de su alcance de acción. Los procesos de constitucionalización del derecho pueden y deben ser mejorados en las instancias judiciales inferiores y no solamente en Bogotá. ¿Existe a nivel local consensos sobre la manera de aplicar la Constitución en casos ordinarios? ¿Qué diferencias sienten los jueces que hay entre la jurisprudencia regional y la jurisprudencia nacional en su concepción de la constitucionalización del derecho común? ¿Piensan los jueces que la jurisprudencia regional en material constitucional es buena?

## II. LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

### A. EL TEXTUALISMO O LITERALISMO

Se discutió más arriba el método clásico de interpretación de la ley que, dada su generalidad, ha sido igualmente aplicado a la interpretación constitucional. Mediante los elementos de Savigny (textual, lógico, histórico y sistemático) y Ihering (fines, intereses y consecuencias) el juez está en la capacidad de decidir un caso con fundamento combinado en el texto, la lógica, la historia, el sistema y el fin de la Constitución.

Las escuelas contemporáneas de interpretación constitucional, en general, son teorías que buscan (i) o hacer listas eclécticas de estos elementos o (ii) afirmar la preponderancia de alguno de ellos. Así, por ejemplo, las personas que piensan que la fidelidad a la constitución es fundamental, aseguran que la constitución debe ser interpretada de manera predominantemente textualista. Sin embargo, es evidente que esta estrategia de interpretación no es muy útil porque la constitución se caracteriza, precisamente, por estar conformada por textos abiertos o indeterminados (especialmente en la Carta de Derechos) donde la sola “letra de la ley” no parece resolver los casos concretos.

Los autores, por tanto, con frecuencia hacen una distinción dentro de las normas jurídicas: hablan de “reglas”, por un lado, y de “principios”, por el otro.<sup>29</sup> Las “reglas” son, pues, las normas que típicamente se encuentran en los códigos de derecho común: se trata, al decir de Kelsen, de “proposiciones jurídicas”<sup>30</sup> en las que existe un antecedente (un hecho típico claramente definido) y un consecuente (una consecuencia jurídica expresa unida al hecho típico antecedente). La “regla”, por tanto, requeriría aparentemente poca interpretación ya que el juez sólo tendría la obligación de subsumir hechos en la regla para aplicar la consecuencia al caso concreto<sup>31</sup>. Los “principios”, en cambio, parecen ser normas jurídicas en las que, (i) no hay relación de subsunción entre hechos y consecuencias (entre antecedente y consecuente), y (ii) su contenido se expresa en lenguaje moral y político de alta abstracción sin que, se repite, se especifiquen los casos o consecuencias de su aplicación. Es por esta razón que positivistas estrictos, quizá incluyendo al mismo

29 Véase una discusión muy detenida sobre la distinción entre reglas y principios en Ronald Dworkin, “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 1984 y Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

30 Kelsen Hans, Teoría Pura del Derecho, 1ª edición, 1934.

31 Sobre el método textualista en derecho constitucional, véase Frederick Schauer, “Easy cases”, 58 Southern California Law Review, 399 (1985).

Kelsen<sup>32</sup>, consideran que los “principios” no son derecho en sentido estricto; o lo más se trataría de normas en sentido secundario. Su indeterminación es tan alta que no cualificarían como normas jurídicas que restrinjan el arbitrio interpretativo. Esta opinión estricta, sin embargo, ha sido rechazada en favor de una postura que acepta que el sistema jurídico debe contener, al mismo tiempo, reglas y principios. Así, por ejemplo, es evidente que los códigos del siglo XX empezaron a incorporar principios generales que antes se desestimaban por inciertos.

En los casos en que el derecho está constituido por principios, como es en derecho constitucional, el respeto al texto, que es en todo caso fundamental, se revela apenas como un comienzo (por demás insuficiente) de la interpretación. La Corte Constitucional colombiana, por estas razones, ha sostenido que los métodos de interpretación meramente gramaticales o lógicos no dan cuenta del sentido de la constitución.<sup>33</sup> Debe insistirse, sin embargo, que ellos constituyen el comienzo ineludible de la interpretación constitucional.

## B. HISTORICISMO Y ORIGINALISMO

Los textos indeterminados o abiertos tienen que ser especificados mediante el empleo de criterios o elementos adicionales. Así, para algunas constituciones del mundo, el texto es usualmente completado con cuidadosos estudios históricos sobre el significado original de la constitución. A esta postura se le denomina usualmente “originalismo” o “historicismo” y es una estrategia de interpretación muy popular en los Estados Unidos como forma de impedir la intromisión de discrecionalidad en la actividad judicial. Este originalismo, en el que se subraya el papel fundamental en la interpretación del establecimiento de la Constitución de Filadelfia, no parece ser de recibo para el caso colombiano por varias razones fundamentales.

En primer lugar, una estrategia originalista no tiene sentido para el caso de una constitución tan reciente como la nuestra en la que se puede asumir que los valores históricos originales son los nuestros propios. En ese sentido no hay una voluntad constitucional externa a nosotros que sirva como forma de controlar la intromisión ilegítima de juicios de valor personal dentro del texto constitucional. En segundo lugar, como lo han destacado varios comentaristas nacionales, el esfuerzo por especificar el texto constitucional mediante el uso de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente es sumamente riesgoso, y ello por varias

---

32 O en los Estados Unidos un autor como Bork Robert H., “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

33 En la T-406/92 se encuentra una crítica general a la interpretación formalista de la Constitución.

razones: Las actas de la Asamblea Nacional son, cuando más, sumamente incompletas y fragmentarias de manera que es no sólo difícil, sino imposible, tratar de encontrar en ellas la determinación del sentido de los artículos constitucionales.

En ellas se encuentra las propuestas de los distintos grupos políticos, pero no hay una memoria fidedigna de la formación de consensos constitucionales. Pero, incluso si esas actas fueran completas y confiables, el método de encontrar la voluntad histórica del constituyente genera paradojas de muy difícil resolución: La primera y más obvia es la pregunta de por qué, en todo caso, el significado del texto constitucional debe reducirse a los pensamientos de sus creadores; y segundo, es muy difícil determinar en un cuerpo colegiado como lo fue la Asamblea Constituyente, cuál o cuáles opiniones merecen respeto hermenéutico en la determinación del significado de los textos constitucionales.

En Colombia, la Corte Constitucional utilizó en los primeros años de su jurisprudencia el elemento histórico con alguna frecuencia.<sup>34</sup> Con el paso del tiempo, sin embargo, la Corte se ha vuelto cada vez menos historicista por las dificultades que ya se han señalado. Esta investigación histórica, igualmente, ha sido raramente empleada por los jueces colombianos de instancia dada las dificultades que para ellos presenta el encontrar e investigar la historia del constituyente colombiano de 1991. Estas dificultades no impiden en sentido estricto la utilización de esta herramienta hermenéutica. Sin embargo, es seguro concluir que, tanto positiva como normativamente, el método historicista u originalista no ha prevalecido en la tradición constitucional colombiana.

---

34 Véanse al respecto las sentencias T-409/92 y C-453/94. En la T-409/92 se niega la existencia en Colombia de la objeción de conciencia al servicio militar con fundamento en un argumento historicista: La propuesta para su inclusión expresa, por parte de Fernando Carrillo, fue rechazada. Este argumento, sin embargo, no tiene en cuenta que el artículo 18 de la Constitución podría aún fundamentar la objeción de conciencia al servicio militar. En la C-453/94, mientras tanto, la investigación histórica llega a conclusiones ambiguas: Por una parte, se extrae un principio general; por la otra, se comprueba que, precisamente, la historia no encuentra intención constituyente específica: “Del examen de los debates y discusiones sostenidas en la Asamblea Nacional Constituyente sobre el tema de la policía se puede concluir: 1) una sentida preocupación por fortalecer la vinculación entre policía, seguridad y protección de las libertades ciudadanas, a través de la consagración enfática del carácter civil del cuerpo de policía; 2) la ausencia de una voluntad constituyente en torno a la definición del punto relacionado con la incorporación de la Policía Nacional a un determinado ministerio y, en consecuencia, la intención implícita de que este asunto quedara librado al legislador.” La misma Corte Constitucional habrá de criticar el método historicista en el salvamento de voto a la C-511/94: “A nivel de la interpretación constitucional, el argumento histórico es de alcance limitado, por cuanto no es fácil determinar con claridad cuáles fueron las razones por las cuales un determinado artículo fue incorporado a la Constitución. Por ello debe predominar, en general, una interpretación sistemática y finalista del texto constitucional, tal y como éste fue aprobado, y no recurrir a hipotéticas intenciones de la Asamblea Constituyente.” (énfasis añadido).

### C. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y FINALISTA

La insuficiencia de los criterios hermenéuticos más tradicionales, texto e historia, ha ocasionado que en Colombia, cada vez con mayor fuerza, prevalezcan interpretaciones sistemáticas y finalistas de la Constitución.<sup>35</sup> Los jueces de instancia, sin embargo, más acostumbrados a métodos textualistas e historicistas de amplia aplicación en la ley, los empleaban también en la interpretación constitucional con el resultado de negar con frecuencia acciones de tutela que la Corte Constitucional, mediante interpretaciones sistemáticas o finalistas, estaba dispuesta a conceder. Por esta razón, y con el propósito de difundir entre los jueces de instancia una comprensión sistemática y finalista de la Constitución, la Corte Constitucional empezó a insistir en la obligación, por parte de sus inferiores, de guardar respeto a la regla del precedente constitucional.

Mediante esta técnica de obediencia jurisprudencial, la Corte Constitucional esperaba poder difundir entre los jueces una visión hermenéutica abierta de la Constitución. Esta hermenéutica abierta, de signo anti-formalista, estaba basada en las nociones de fin y sistema.

En general, podría decirse que por “fin”, “interpretación finalista” o “interpretación teleológica” se denomina a la técnica mediante la cual la aplicación de cualquier texto legal requiere una previa identificación del propósito o valor que la norma busca proteger. Es más: la aplicación formalista del texto debe ceder ante el propósito cuando, por alguna circunstancia, el texto parezca llevar a resultados contrarios a los que conduciría el fin normativo. Este propósito o valor, en general, no se refiere a la noción de “intención” del legislador (que es usualmente uno de los arbitrios de la interpretación que hemos llamado originalista), sino al propósito o valor “objetivo” y “contemporáneo”, esto es, al fin existente o presumible dentro de la ley o del sistema jurídico y que mejor respondan a las nociones contemporáneas de corrección moral y política que tenga la comunidad regulada.

En algunas circunstancias, la investigación por la “intención” del legislador puede ser útil para descubrir el fin o propósito de la norma, pero el objetivo es identificar el valor protegido objetivamente por el sistema jurídico contemporáneo y no la voluntad histórica del legislador del pasado.

---

35 T-322/96: “Tratándose de la tutela, la decisión frente a normas jurídicas en tensión, tiene que ser razonada, lo cual no implica una camisa de fuerza a la interpretación del contenido normativo por parte del operador jurídico. Todo lo contrario, privilegia el método sistemático, el finalístico, y como criterios interpretativos el que surge de los Convenios Internacionales, el principio de favorabilidad en lo penal y el principio ‘pro operario’ (énfasis añadido). Véase también la C-511/94, citada en el pie de página anterior.

Como hemos visto con anterioridad, la interpretación finalista surge históricamente en la segunda mitad del siglo XIX en Europa. Para su principal expositor, Rudolf von Ihering, los métodos hermenéuticos de Savigny eran excesivamente conceptualistas y formalistas. Los intereses de la “vida” quedaban siempre pospuestos frente a consideraciones lógicas: en el fallo judicial, el concepto o definición del instituto jurídico tenía prevalencia absoluta sobre cuestiones más pragmáticas, vitales y prudenciales de acomodación de los intereses de la vida. En el un *leitmotiv* propio de la época, “la ciencia triunfaba así sobre la vida”.

Un pequeño ejemplo (aunque con modificaciones) de H.L.A. Hart<sup>36</sup> puede ser útil para entender en qué consiste la interpretación finalista: supóngase que una regla municipal prohíbe “la entrada de vehículos en el parque” so pena de una sustanciosa multa. Desde una perspectiva meramente formalista la norma hace una prohibición sin cualificaciones ni excepciones. Supóngase, sin embargo, (i) que la policía empieza a hacer rondas en motocicletas, (ii) que ocasionalmente entran ambulancias a recoger a paseantes enfermos, y (iii) los niños juegan en el parque con sus juguetes motorizados. ¿A quién se ha de imponer la multa? Bajo una lectura textualista de “vehículo”, a todos. Este resultado, sin embargo, parecería injusto y probablemente contrario a la norma. Porque el texto de la norma, arguye el finalista, no es nada sin consideración del fin o valor que la norma protege. Así, si la norma busca la protección de la “seguridad” de quienes van al parque los casos (i) y (ii) no recibirían multa. El caso (iii) sólo recibiría multa si los juguetes de los niños fueran de una dimensión y cilindrada suficiente para amenazar dicha seguridad. En cambio, por ejemplo, si el propósito no fuera la “seguridad”, sino la “tranquilidad”, el caso (iii) quizá dependería del ruido o bullicio que los juegos de los niños ocasionarían. Finalmente, si el propósito fuera la “conservación ecológica absoluta”, por ejemplo, del último humedal en la sabana de Bogotá, es incluso posible que no se aceptaran ni vehículos de policía o de asistencia médica, o, incluso, ni siquiera visitantes.

Como se ve en el ejemplo, a veces algunos fines o propósitos pueden ser confluyentes (como en el caso de “seguridad” y “tranquilidad”), pero a veces pueden ser excluyentes (como en el caso de “seguridad de los paseantes” y “conservación ecológica absoluta”). El propósito y fin de normas administrativas sencillas como la indicada puede a veces confundirse con la intención del organismo regulativo. Pero la “intención” se hace especialmente insuficiente cuando se interpretan normas más complejas y estructurales, como serían, por ejemplo, el Código Civil y la Constitución Política.

---

36 Hart H.L.A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.



En estos casos, las instituciones permanecen (los “contratos” ó la “separación de poderes”), pero los propósitos y finalidades van cambiando según los nuevos consensos sociales, políticos, culturales y morales. En consecuencia, la búsqueda por el fin o el propósito no se encuentra en la intención, sino en una reconstrucción plausible de los fines permisibles y legítimos que las normas deben cumplir en las nuevas circunstancias. Es por esta razón que Ronald Dworkin ha afirmado que

“[e]n los casos difíciles, la argumentación jurídica gira en torno de conceptos controvertidos [...] Entre ellos se incluyen varios conceptos sustantivos mediante los cuales se enuncia un derecho, tales como los conceptos de contrato y propiedad. Pero se incluyen también [...] conceptos de mayor importancia para lo que en este momento discutimos. [Uno] es la idea de la ‘intención’ o ‘propósito’ de una determinada ley o artículo. Este concepto sirve como puente entre la justificación política de la idea general de que las leyes crean derechos, y aquellos casos difíciles que plantean qué derechos ha creado una ley determinada”.<sup>37</sup>

Así, desde sus primeras sentencias, la Corte insiste en que el fin, objetivo o propósito fundamental de la Constitución colombiana es lograr un “Estado Social de Derecho”, entendido como la obligación de interpretar los derechos fundamentales como principios que condujeran a una creciente igualación social mediante la redistribución de recursos y oportunidades. De esta forma, la cláusula “Estado Social de Derecho” fue utilizada como fin constitucional prioritario; y en tal calidad, se agregó, la cláusula debía integrarse en la interpretación sistemática de cualquier otra disposición constitucional y legal.<sup>38</sup> Por esta razón, la cláusula de Estado Social de Derecho fue utilizada como la piedra de toque para interpretaciones finalistas y sistemáticas de la Constitución de 1991.

37 Dworkin Ronald, *Casos difíciles*, en “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, pág. 176.

38 T-446/92, M.P.Fabio Morón: “Para efectos del examen que impone la revisión de las sentencias de la referencia, y con fines apenas ilustrativos, se tiene de modo general que la Constitución Política de 1991 declara en su artículo 1o., como una de las grandes transformaciones de nuestra organización política, que la pone a tono con las tendencias del Derecho Constitucional contemporáneo, que Colombia “es un Estado social de derecho...organizado en forma de República unitaria ..fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas...”. Adviértase que para la Corte Constitucional las anteriores expresiones son parte de la manifestación de los criterios de autodefinition del Estado que significan en principio sus opciones fundamentales y orientadoras del proceso político y social; igualmente, son la expresión de la formula política elaborada por el constituyente con miras en la coherencia sistemática del orden constitucional e informan el resto del ordenamiento jurídico; empero, no es suficiente su interpretación finalística para obtener de aquellos enunciados sus verdaderos alcances. Para ello se requiere su examen sistemático e histórico, pues, en primer lugar, dicha fórmula es presupuesto indispensable del entendimiento de cualquiera otra norma que forme parte de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico y, de otra parte, es el resultado de la evolución del derecho Constitucional en general, y de su desarrollo en nuestro país en particular.” (Enfasis añadido).

La interpretación “sistemática” consiste, pues, en la identificación de una ó varias normas, fines, valores o principios constitucionales que tienen mayor abstracción y en los que se plasma objetivos morales y políticos de signo más universal y consensuado. Aunque la constitución no tiene jerarquías formales a su interior, si existen jerarquías interpretativas. De esta manera el fin o valor más abstracto y moral o políticamente más poderoso actúa como telón de fondo presente en la interpretación o aplicación de cualquier otra norma menos abstracta o políticamente menos poderosa, incluso si se trata de norma de rango también constitucional. En derecho privado, por ejemplo, el principio moral de la “autonomía de la voluntad privada” tiene precedencia hermenéutica en la materia de obligaciones y contratos; en derecho público, el principio de “Estado Social de Derecho” tiene precedencia en la interpretación de derechos fundamentales y funciones del estado. En casos de colisión entre ambos principios la Corte ha “constitucionalizado” el derecho privado, prefiriendo la aplicación del principio constitucional por sobre el principio privatista.<sup>39</sup> Este tipo jerarquización de principios, por supuesto, ha generado candentes polémicas dentro y fuera de la profesión jurídica.

La interpretación sistemática y finalista condujo fundamentalmente a criterios más amplios para la protección de los derechos fundamentales. En general podría afirmarse que los criterios sistemáticos y finalistas llevaron a que (i) un mayor número de derechos se hicieran tutelables, (ii) con menos trabas meramente procesales y (iii) con una primacía más clara del derecho constitucional sobre el derecho común. Estas mismas características acentuaron la resistencia de jueces de jurisdicción común que se apoyaban en la diada legalismo/literalismo. Ellos tendían, mediante la interpretación textualista e historicista, a establecer criterios más restrictivos para la justiciabilidad de los derechos.

Ejemplos de interpretación sistemática y finalista son aquellos que llevaron a la Corte Constitucional a (i) refutar la tesis formalista según la cual los derechos fundamentales tutelables eran sólo aquellos que estaban dentro del capítulo 1, Título II de la Constitución política<sup>40</sup>; (ii) a negar que la mera existencia de acción judicial impidiera la interposición de la acción de tutela, exigiendo en cambio

39 Véase al respecto SU-342/95.

40 Se lee en la sentencia T-406/92, M.P. Ciro Angarita Barón: “Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial.”

que dicha acción fuera *idónea y efectiva*;<sup>41</sup> (iii) a impedir la exclusión, por razones meramente formales, del control de constitucionalidad concreto de las sentencias judiciales, permitiendo en cambio su realización cuando las providencias constituyeran “vía de hecho”.<sup>42</sup>

El dominio finalista y estructural de la cláusula de “Estado Social de Derecho” ha sufrido, a partir de 1997<sup>43</sup>, intensa controversia. La comprensión de los derechos fundamentales como un catálogo especialmente diseñado hacia la igualdad y redistribución de oportunidades y recursos sigue siendo parte fundamental del fin y de la estructura de la Constitución colombiana. Pero la utilización de la cláusula de “Estado Social” ha sido también parcialmente criticada. Se acusa a la jurisprudencia basada en este principio de varios defectos principales<sup>44</sup>: En primer lugar, la aplicación del principio ha generado un crecimiento desordenado de las prestaciones que el estado bienestar debe a sus ciudadanos, con una consecuente presión fiscal por encima de los posibilidades realistas del estado colombiano; en segundo lugar, se argumenta que la aplicación del principio ha introducido un reordenamiento de las prioridades en la atención de las prestaciones de bienestar, beneficiando así a los “vivos” y no a los necesitados; y, en tercer lugar, se acusa al principio de originar fallos contra-productivos a los fines distributivos que dice proteger, ya que los jueces no aprecian adecuadamente el verdadero (por oposición al soñado) impacto de sus fallos.

Para remediar estos defectos, los jueces deben seguir aplicando la cláusula de Estado Social, pero reparando en que los límites económicos materiales del estado pueden, a veces, limitar la justiciabilidad plena de los derechos; y, además,

---

41 SU-667/98, M.P. J.G. Hernández G: “No obstante, las acciones laborales no siempre son suficientes para salvaguardar los derechos constitucionales fundamentales que pueden resultar violados por actos contrarios a la normatividad integrante de la legislación del trabajo pero que ante todo desconocen el Ordenamiento Fundamental y los tratados internacionales sobre derechos humanos, y en esos eventos, dejando a salvo la plena competencia de los jueces laborales para resolver acerca de los asuntos que les corresponden, es posible tutelar los derechos de orden constitucional respecto de cuya efectividad no resulta idóneo el medio judicial ordinario.”

42 T-006/92, M.P. E. Cifuentes: “La tesis de la Corte Suprema de Justicia, según la cual ciertos actos jurisdiccionales escapan al control de constitucionalidad pese a ser violatorios del sistema constitucional de derechos, garantías y deberes, no se compadece con la idea de estado social de derecho.”

43 SU-111/97, M.P. E. Cifuentes: “No puede pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado.”

44 Al respecto véase, “Justicia constitucional y política económica”, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, No. 12 (Junio de 2001).

que las consecuencias concretas de los fallos bien intencionados deben, en la práctica, realizar los fines que dicen buscar.<sup>45</sup>

Pero la crítica más importante contra los criterios finalista y sistemático basados en la cláusula de Estado Social de Derecho es ésta: se acepta que este es un fin objetivo y legítimo en el constitucionalismo colombiano; pero se advierte, de otra parte, que *no es el único ni el prevalente* entre los fines constitucionales y que sería posible identificar otros igual o más importantes. Frente a un monismo de fines, entonces, los autores, jueces y políticos empiezan a hablar de un pluralismo de fines. Y la respuesta frente a un pluralismo de fines no es tanto la interpretación meramente finalista y sistemática (conforme al fin predominante o absoluto), sino la técnica del balanceo o ponderación entre derechos, fines, intereses y valores. La interpretación en la que se realiza balanceo de intereses<sup>46</sup> es, según reconocen sus promotores, una forma más desarrollada de hermenéutica teleológica.<sup>47</sup> Así, para esta orientación, “toda decisión judicial debe ser interpretada como una delimitación de intereses contrapuestos y como una estimación de esos intereses, conseguida mediante juicios e ideas de valor”.<sup>48</sup>

En Colombia, hoy por hoy, existen visiones válidas de la Constitución que postulan para ella un fin estructural fundamental (monistas) y visiones que insisten en la necesidad de siempre ponderar entre intereses contrapuestas (balanceo pluralista). Para los finalistas-monistas, como hemos dicho, la Constitución defiende un interés muy importante que, dada su importancia, tiene que ser el telón de

45 Véase al respecto la sentencia C-1064/01, M.P. Córdoba T. y Cepeda E., donde se reconceptualiza la noción de “estado social de derecho” en los términos descritos en el texto: “Como ya se advirtió, el presente caso plantea, necesariamente, el enfrentamiento de varios derechos fines y principios constitucionales, pues la efectividad del Estado Social de Derecho depende de la realización de una serie de actos que suponen gastos económicos. Esta circunstancia revela la estrecha relación que existe entre la concreción de los fines que se predicen del Estado en materia social y la necesidad de contar con una estructura macroeconómica que permita no sólo el cumplimiento de tales objetivos sino, además, el normal funcionamiento del Estado. Es por esta razón que es necesario hacer un ejercicio de ponderación, que tenga en cuenta (i.) los precedentes jurisprudenciales relevantes para la materia que se analiza, y (ii.) los derechos y fines públicos en juego con el propósito de establecer la razonabilidad de las medidas que son objeto de reproche en el contexto real en el que la norma acusada fue creada y aplicada.” (énfasis añadido).

46 Para una visión completa del balanceo de intereses en derecho constitucional, véase Alcinikoff T. Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, 96 Yale Law Journal 943, pg. 943 (1987).

47 Hemos dicho más arriba que el padre de la interpretación teleológica es von Ihering. Discípulos suyos desarrollaron la noción de fin y postularon la noción de “interés”: “la jurisprudencia de intereses es también a su vez una forma de la jurisprudencia teleológica”. Heck Philip, “El problema de la creación del derecho”, Comares, Sevilla, 1999, p. 60. Para ellos ya era claro que la resolución entre intereses sólo se podía plantear mediante ponderación o balanceo de los mismos.

48 *Ibid.*, pg. 65.

fondo para la interpretación del conjunto. Algunas de estas propuestas son bien conocidas por los jueces; otras tesis monistas, en cambio, aunque son plausibles, siguen siendo muy marginales.<sup>49</sup> A continuación se ofrece una lista tentativa de algunas de esas teorías que a partir del fin predominante determinan una interpretación de la constitución colombiana.

Fin o propósito constitucional dominante	Visión social	Ideología política asociada	Anclaje normativo (legal, político o moral)
Estado social de derecho	Igualación y redistribución de recursos hacia los más necesitados.	Social-democracia occidental	C.P 1; Jurisprudencia. Constitucionalismo europeo (Alemania, España).
Libre empresa y libre competencia económica. Maximización de la riqueza	Eficiente asignación de recursos productivos. Estabilidad económica y crecimiento sostenible. Integración económica supranacional	Economía libre/ neo-liberalismo; Análisis económico del derecho	C.P. 58, 333 Jurisprudencia. Cultura política occidental.
Orden y estabilidad social	Mantenimiento del orden social según costumbres respetables	Conservatismo social	Art 2° (“protección de vida, honra y bienes”) Jurisprudencia Cultura política occidental
Inclusión social y no subordinación	Reconocimiento y reparación frente a dinámicas sociales de subordinación	Feminismo Perspectivas raciales Movimiento gay	Art. 13 Jurisprudencia Cultura política occidental
Multiculturalismo	Reconocimiento de comunidades y formas de vida alternativas	Movimiento indigenista	Arts. 1°, 13. Jurisprudencia

Como lo revela el cuadro anterior, el postular fines dominantes en la interpretación constitucional implica, por fuerza, adoptar posturas políticas. Los juristas, con frecuencia, tratan de evitar esto. Pero sería ingenuo suponer que puede existir derecho político sin toma de opciones políticas (que no partidistas o meramente personales). Por esta razón se ha dicho con frecuencia que el juez de constitucionalidad es inevitablemente un juez político.

La postulación de principios generales de interpretación fue una de las formas en que la Corte buscó guiar y unificar la jurisprudencia de sus inferior-

<sup>49</sup> Para un estudio reciente de los distintos fines o propósitos prevalentes que circulan en derecho constitucional comparado y en la cultura política de occidente, véase Burger Winfried, “Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence and Anthropology”, 42 American Journal of Comparative Law 403 (1994).

res. Entre ellos, ya se ha dicho, la cláusula de “Estado Social de Derecho” y varias otras máximas usualmente emparentadas con ella (como la prevalencia del derecho material sobre el adjetivo), fueron y son determinantes en la dirección del derecho constitucional colombiano. Adicionalmente, la Corte Constitucional también buscó darle a los jueces mecanismos adicionales que los ayudaran en la interpretación. Esta labor de liderazgo se ejerció mediante la creación jurisprudencial de dos técnicas hermenéuticas que buscaban orientar a los jueces inferiores en su labor de interpretación constitucional. Estas dos técnicas eran, primero, la disciplina del precedente y, segundo, la técnica de los “tests”.

Los objetivos interpretativos de la técnica del precedente siguen siendo dos fundamentalmente: (1) lograr que los jueces de instancia tengan una comprensión finalista y sistemática de la Constitución por oposición a lecturas literalistas del sistema jurídico; (2) lograr que los jueces de instancia apliquen, no sólo las reglas constitucionales, sino igualmente las “sub-reglas” jurisprudenciales en que dichas reglas se especifican. Por esta razón es claro que la técnica del precedente no es, en realidad, una metodología independiente de interpretación. Se trata estrictamente de una fuente de derecho donde los jueces pueden identificar la existencia de sub-reglas constitucionales y los procesos interpretativos mediante los cuales se ha llegado a la determinación de tales sub-reglas.

De otra parte el objetivo de los “tests”, como el de igualdad o el de razonabilidad, por ejemplo, es el de guiar a los jueces en la labor de ponderación o balanceo en aquellos casos, por demás muy frecuentes, en los que hay intereses y derechos contrapuestos sin que pueda decirse que uno de ellos puede prevalecer absolutamente sobre el otro.

Mediante estas dos técnicas (precedente y balanceo) la Corte buscaba orientar la interpretación constitucional, disminuyendo así la proliferación de comprensiones encontradas de los textos constitucionales en las sentencias de instancia. Estas dos técnicas de interpretación se suman así a las tradicionales (texto, historia, sistema y fin), aunque su novedad ha exigido a los jueces aprender el funcionamiento de las mismas. Por tratarse de técnicas sumamente importantes de interpretación constitucional, el resto de este módulo tratará de explicarlas de manera concreta y abordará varias de las facetas técnicas necesarias para su comprensión.

## TRABAJO PERSONAL

A continuación se transcriben los principales apartes de sentencias (provenientes de distintas corporaciones judiciales) en las cuales deberá identificar el método de interpretación constitucional utilizado para cada caso. Es posible que en el caso el fallador haya utilizado dos o más técnicas de interpretación: en caso de duda, escoja el método que en su concepto sea dominante frente a los otros.

### Ejercicio No. 1

#### Corte Constitucional

Sentencia T-409/92

#### 1. Hechos:

[...]

Las Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, mediante oficios expedidos por la Dirección de Reclutamiento, comunicaron a los jóvenes N.N. y N.N. que habían sido seleccionados para prestar el servicio militar.

Al mismo tiempo se les hizo saber que debían presentarse en las instalaciones de un Distrito Militar, portando la constancia auténtica de haber aprobado el undécimo grado de educación media.

De igual manera, se les advirtió que, en caso de no presentarse, serían declarados "REMISOS", con todas las consecuencias que ello implica, de conformidad con la Ley 1a. de 1945.

[...]

El apoderado [de los jóvenes] sustenta la petición de tutela en las siguientes razones:

- 1) Sus representados, tanto los padres como los menores, son miembros de la IGLESIA DE "DIOS ES AMOR" DE LOS HERMANOS MENONITAS. La creencia religiosa y base teológica de sus poderdantes se fundamenta en un profundo respeto al prójimo, en el amor a los enemigos, en el cumplimiento al mandato divino de no matar, por lo que expone el accionante, rechazan pertenecer a organismos creados para imponer la fuerza, monopolizar la violencia, eliminar o intimidar al enemigo, o para ejercer la "acción legal" de matar a un ser humano.
- 2) Según el actor, los ejércitos han sido creados para eliminar al enemigo que no se dejó intimidar por la fuerza e imponer por la violencia una determinada razón, dirigiendo su acción a entrenar para la guerra y el uso y porte de armas.
- 3) Sus poderdantes se rehusan a participar y pertenecer en forma alguna a las Fuerzas Militares, por cuanto los procedimientos y criterios de éstas son contrarios a sus creencias, es decir a su conciencia. Además, los jóvenes convocados para prestar el servicio militar, son totalmente no violentos y rechazan por convicción cualquier ejercicio de la violencia.

2. Consideraciones de la Corte

[...]

De allí que deba afirmarse la impracticabilidad de [la objeción de conciencia al servicio militar] en cualquiera de sus modalidades en aquellos sistemas constitucionales que no la han consagrado, como acontece en el caso colombiano. Una propuesta en el sentido de introducirla expresamente en el texto de la Carta de 1991, presentada por el constituyente Fernando Carrillo fue negada por la Asamblea Nacional Constituyente, sin que pueda afirmarse que de los textos aprobados se deduzca siquiera un principio de objeción. De allí que no sea procedente, a la luz del ordenamiento en vigor, acceder a las pretensiones del demandante relacionadas con la sustitución o exclusión de los deberes propios del servicio militar, a favor de sus representados.

[Hasta aquí la Corte Constitucional]

**Pregunta # 1: Según lo anterior, el método de interpretación utilizado por la Corte Constitucional para denegar las pretensiones del accionante es:**

- a. Interpretación sistemática.
- b. Interpretación histórica.
- c. Técnica de precedentes.
- d. Interpretación literal o textual.
- e. Ninguna de las anteriores.

**Ejercicio No 2**

**Corte Constitucional**  
**Sentencia T-409/92**

1. Hechos

[Asuma los mismos hechos de la sentencia T-409/92 resumidos en el 1er. ejercicio que acaba de realizar.]

2. Consideraciones de la Corte.

Como fundamento del Estado de Derecho en una organización social democrática, la Constitución tiene entre sus características la de servir como medio para conciliar la libertad y el poder del Estado, el cual tiene en su base a los individuos que lo integran, pues ha sido creado con el objeto de garantizar la convivencia pacífica entre los mismos. Para cumplir con tal fin y para garantizar la integridad de la soberanía, la organización política dispone del monopolio de la fuerza y goza de plena aptitud para ejercerla legítimamente cuando ello sea indispensable, claro está, dentro de los límites que el ordenamiento jurídico establece.



Esta facultad, ligada a los fines esenciales que la Constitución Política fija al Estado colombiano (artículo 2o.), impone la existencia de cuerpos especializados, dotados de material técnico y de un grupo humano capaz e idóneo para el cumplimiento de su misión. Cuando la norma en mención establece entre tales fines el de “defender la independencia nacional (se subraya), mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”, está dando las bases para la existencia y el funcionamiento de los órganos necesarios a estos propósitos.

En concordancia con lo anterior, el Estatuto Fundamental dedica el Capítulo 7, de su Título VII, a la Fuerza Pública, estableciendo en el artículo 216, que la misma estará integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Añade el inciso 2o. de la misma norma que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional (subraya la Corte) y las instituciones públicas”.

En el mismo sentido, el artículo 217 de la Constitución, señala como finalidad primordial de las Fuerzas Militares “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”.

Ahora bien, las Fuerzas Militares, para su integración y para el obligado relevo que cada cierto tiempo debe irse produciendo en el interior de sus filas, requieren de modo permanente del cierto y eficaz concurso de los colombianos que, en virtud de la ley y por los sistemas de conscripción o de ingreso voluntario, sean incorporados a ellas. El servicio militar obliga en principio a todos por dos razones básicas: en el plano de los deberes constitucionales de los gobernados, por la imperiosa y constante necesidad que de él se tiene para la efectiva defensa de la Patria y, en el terreno de los derechos, por elemental aplicación del principio de igualdad ante la ley (artículo 13 de la Constitución). Es la ley, al tenor del artículo 216, inciso 2o, de la Carta, la que “determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar”.

Tales condiciones se hallan actualmente previstas en el artículo 21 de la Ley 1a. de 1945, que establece: “Están exentos del servicio personal bajo banderas en tiempo de paz, con la obligación de inscribirse y pagar la cuota de compensación militar:

- a) Los que hubieren sido condenados a pena que tenga como accesoria la pérdida de los derechos políticos mientras no tengan su rehabilitación;
- b) El hijo de viuda, que observe buena conducta y que atienda a sus necesidades si ésta carece de medios de subsistencia;
- c) El huérfano de padre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento;
- d) El hijo de padres incapacitados para trabajar o que pasen de 60 años, cuando éstos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia, y siempre que dicho hijo vele por ellos;
- e) El hermano o hijo de quien haya muerto prestando sus servicios en las filas, si su trabajo es indispensable para la subsistencia de la familia;

- f) Los casados que hagan vida conyugal;
- g) Los viudos que sostengan hijos habidos en el matrimonio;
- h) El hijo único huérfano de padre con hermanas solteras que observen buena conducta o hermanos menores a quienes sostenga, por no tener ellas o ellos peculio propio;
- i) Los inhábiles relativos permanentes”.

Como lo establece la Carta, la regla general es la obligación de prestar el servicio militar y las excepciones a la misma se encuentran en la ley, lo que significa que si el colombiano llamado al servicio, no se encuentra en una de tales circunstancias, debe acudir a las filas.

**Pregunta # 2: Según lo anterior, el método de interpretación utilizado por la Corte Constitucional para denegar las pretensiones del accionante es:**

- a. Interpretación sistemática.
- b. Interpretación histórica.
- c. Técnica de precedentes.
- d. Interpretación literal o textual.
- e. Todas las anteriores.

**Pregunta # 3: ¿Puede el fallador, en una misma sentencia, utilizar varios métodos de interpretación constitucional?**

- a. SI
- b. NO

**Pregunta # 4: En la T-409/92 que acaba de repasar (y estrictamente de la información que acaba de leer), la Corte Constitucional utilizó los siguientes métodos de interpretación. (Sólo marque la respuesta si de la lectura de los párrafos anteriores se desprende claramente que la Corte utilizó los dos métodos enunciados en las siguientes posibles respuestas):**

- a. Método literal y técnica de precedentes.
- b. Método histórico y técnica de precedentes.
- c. Método sistemático y técnica de precedentes.
- d. La Corte nunca utiliza un número plural de técnicas de interpretación constitucional.
- e. Ninguna de las anteriores.

### Ejercicio No. 3

**Corte Suprema de Justicia**

**Sala de casación penal**

**Proceso No. 13325**

**Sentencia de Mayo 23 de 2001**

#### 1. Hechos

Mediante sentencia del veintiséis (26) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996), el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés, Isla, condenó al señor N.N. en calidad de autor responsable del delito de receptación, a la pena principal de once (11) meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de aquella, y le negó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Al desatar la apelación que interpuso la defensa [como apelante único] contra la decisión de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en fallo del primero (01) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996), la confirmó, con la modificación consistente en aumentar la pena principal a treinta y seis (36) meses y veinte (20) días de prisión y en igual término la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

#### 2. Consideraciones de la H. Sala Penal

La institución jurídica comúnmente denominada prohibición de la reformatio in pejus, o reforma peyorativa, o reforma en lo peor, ha sido ampliamente alinderada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, especialmente en cuanto a explicar que, a pesar de su constitucionalización, el artículo 31 de la Carta no ha consagrado un derecho absoluto y sin excepción alguna para los condenados que apelan como parte única la sentencia.

Ningún derecho, incluidos los fundamentales de primera generación, es absoluto. Si lo fueran a menudo se incurriría en innumerables antinomias jurídicas y prácticas. Verbi gracia, no tendría cabida la excluyente de antijuridicidad por legítima defensa, puesto que el respeto a la vida del agresor se opondría como una barrera infranqueable.

Ocurre sí que los derechos fundamentales coexisten, se complementan unos a otros y si es preciso se restringen mutuamente, todo en función de la verificación de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho. Una norma constitucional como superior que es, mal podría ser limitada por un precepto legal, en cambio, con el fin de armonizar y posibilitar la aplicación en concreto del catálogo de garantías fundamentales, otra norma de idéntica jerarquía, es decir constitucional, bien puede en situaciones específicas confinar su ámbito, siempre que no sea posible jurídica ni prácticamente hacerlas converger en su plenitud conceptual.

Tal supuesto conflicto suele presentarse cuando es necesario interpolar los derechos fundamentales al debido proceso y a la no reformatio in pejus, para pasar por el tamiz de estas perentorias garantías fundamentales la pena impuesta en una sentencia condenatoria. Nunca esta prohibición sería viable si su prosperidad se edifica cimentada en la vulneración de uno de los componentes de aquel, como es precisamente el principio de legalidad de la pena.

El ingrediente del debido proceso que, como en el caso presente, a veces riñe con la prohibición de la reformatio in pejus, consiste precisamente en el principio de legalidad de la pena, según el cual nadie podrá ser condenado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

[...]

Algunos sostienen que el artículo 31 de la Constitución Política consagra un derecho fundamental absoluto, que no admite excepciones de ninguna naturaleza, puesto que ninguna norma de idéntica jerarquía contempla limitaciones a su aplicación cuando el condenado es apelante único.

Al respecto ha de afirmarse que tal planteamiento parte de un supuesto equivocado, cual es pretender que en el sistema constitucional colombiano existen derechos absolutos. La propia Corte Constitucional se ha encargado de dilucidar esta cuestión descartando esa posibilidad:

“Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos “absolutos”, el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los “derechos absolutos” tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho. Como la concepción “absolutista” de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica.” (Sentencia C-475 del 25 de septiembre de 1999. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.)

El mismo pronunciamiento de la Corte Constitucional explicó que para solucionar eventuales conflictos entre derechos fundamentales, en ciertas condiciones de racionalidad pueden introducirse restricciones:

“La Constitución no diseñó un rígido sistema jerárquico ni señaló las circunstancias concretas en las cuales unos han de primar sobre los otros. Sólo en algunas circunstancias excepcionales surgen implícitamente reglas de precedencia a par-

tir de la consagración de normas constitucionales que no pueden ser reguladas ni restringidas por el legislador o por cualquier otro órgano público. Son ejemplo de este tipo de reglas excepcionales, la prohibición de la pena de muerte (C.P. art. 11), la proscripción de la tortura (C.P. art. 12) o el principio de legalidad de la pena (C.P. art. 29). Ciertamente, estas reglas no están sometidas a ponderación alguna, pues no contienen parámetros de actuación a los cuales deben someterse los poderes públicos. Se trata, por el contrario, de normas jurídicas que deben ser aplicadas directamente y que desplazan del ordenamiento cualquiera otra que les resulte contraria o que pretenda limitarlas. La mayoría de los derechos fundamentales pueden verse enfrentados a otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes. En estas condiciones, para asegurar la vigencia plena y simultánea de los distintos derechos fundamentales y, adicionalmente, para garantizar el respeto de otros intereses constitucionalmente valiosos, es necesario que los derechos se articulen, auto-restringiéndose, hasta el punto en el cual resulte posible la aplicación armoniosa de todo el conjunto.”

Es explícita pues, la jurisprudencia de la Corte Constitucional al establecer que una de las reglas excepcionales de preponderancia en procura de la coexistencia de los derechos fundamentales está constituida por el principio de legalidad de la pena.

**Pregunta # 5: De la lectura de las consideraciones presentadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el método de interpretación constitucional dominante es el siguiente:**

- a. Balanceo y ponderación de derechos.
- b. Método literal.
- c. Método textual.
- d. Método histórico.
- e. Todas las anteriores.

**Pregunta # 6: Los métodos de interpretación constitucional explicados en el módulo sólo pueden ser utilizados por la Corte Constitucional y nunca por las Cortes de cierre de la jurisdicción ordinaria.**

- a. Falso
- b. Verdadero

**Pregunta # 7: A las Cortes les está prohibido utilizar jurisprudencia emanada de otras altas Cortes en la construcción de sus propios argumentos jurídicos.**

- a. Falso
- b. Verdadero

**Ejercicio No. 4****Corte Suprema de Justicia****Sala de casación penal****Proceso No. 13325****Sentencia de Mayo 23 de 2001**1. Hechos

[Asuma los mismos hechos expuestos en el ejercicio anterior]

2. Consideraciones de la Sala Penal.

En sentencia del 17 de febrero de 1993, con ponencia del H. Magistrado Dr. Gustavo Gómez Velásquez, la Corte explicó que cuando se denunciaba la transgresión al artículo 31 de la Constitución Política resultaba adecuada la demanda de casación cuando se invocaba la causal primera, por violación directa de la ley sustancial, tomando como punto de partida el reconocimiento de la preponderancia y jerarquía que el derecho a la no reformatio in pejus, como norma de contenido sustancial que es, comporta para los procesados:

“La Corte no deja de reconocer que una institución como la que introdujo el artículo 31 de la Constitución Nacional, tiene una jerarquía excepcional, como suele ser nota caracterizante de los dictados de la Carta, háyanse o no recogidos o desarrollado en sus pertinentes legislaciones especiales. No es dable entender que porque el C. de P.P. en su artículo 17 reproduzca este contenido, ha perdido aquella su superior categoría, ni podría determinar su decadencia de considerar que se trata de un dispositivo de naturaleza procedimental por figurar en el estatuto que recoge esta particularizada normatividad. Un precepto de esta entidad, que responde muy bien a principio o regla rectora, traduce un tal significado que así aparezca en el Código de Procedimiento Penal, como regulador de las funciones del juez en cuanto a la punición, o de la forma o manera como debe entenderse el alcance de un recurso de alzada contra un monto de pena, no reduce a esto su naturaleza sino que constituye un precepto sustancial, dada su magnitud y multifacética incidencia.”...“bastando para restablecer su imperio invocar una violación directa de tanta magnitud que reclama su inmediata corrección por quien la advierte, háyase alegado o no, y tenga su insinuación o su llamado explícito, propiedad o impropiedad.”

Más adelante, consecuente y armónica con la línea jurisprudencial trazada por el pronunciamiento anterior, la Sala indicó:

“Esta Corporación en forma reiterada ha indicado que el artículo 31 de la Constitución Nacional que en su inciso segundo consagra la prohibición de la reformatio in pejus es una norma de derecho sustancial y que en consecuencia es atacable por la vía de la causal primera de casación cuerpo primero, esto es la violación directa de la ley sustancial, toda vez que la problemática recae directamente sobre el contenido de la norma sustancial, sin que exija análisis sobre las pruebas o los hechos.

La prohibición de la reformatio in pejus es una garantía que se instituye en favor del procesado, pero que tiene un hondo contenido sustancial en la medida que protege al imputado frente a los desmanes que se presenten en la aplicación de normatividad sustancial, como es toda la que tiene que ver con la punibilidad y si esta es su naturaleza necesariamente se tiene que entender que el marco lógico de ataque es el que enmarca la causal primera que es la instituida para resolver los yerros in judicando.” (Sentencia del 14 de septiembre de 1994. M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel.)

[...]

La Sala ha sido reiterativa en determinar que la prohibición de la reformatio in pejus no tiene lugar cuando la sentencia materia del recurso de apelación ha desconocido el principio de legalidad. Al respecto podrían confrontarse, entre otras: sentencia del 28 de octubre de 1997, radicación 15290, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar; sentencia del 1° de diciembre de 1999, radicación 14129, M.P. Dr. Jorge Córdoba Poveda; y sentencia del 8 de mayo de 2001, radicación 14605, con ponencia de quien ahora cumple la misma función.

**Pregunta # 8: El principal método de interpretación constitucional utilizado por la Sala Penal en las consideraciones que se acaban de transcribir es el siguiente:**

- a. Método teleológico o finalista.
- b. Método de precedentes.
- c. Método histórico.
- d. Método textualista.
- e. Ninguna de las anteriores.

**Pregunta # 9: La Corte Suprema de Justicia rara vez utiliza su propia jurisprudencia para argumentar jurídicamente la resolución de un caso nuevo.**

- a. Falso
- b. Verdadero.

**Su**

Como conclusión puede decirse a esta altura que la caja de herramientas legítimas de interpretación constitucional en Colombia está constituida por los siguientes arbitrios o elementos:

- Texto
- Historia
- Sistema
- Finalidad
- Precedente
- Ponderación y balanceo de derechos e intereses.

**Su**

Si se tratara de jerarquizar los elementos de interpretación anteriormente explicitados, se podría decir que la Corte ha enfatizado las nociones de fin (Estado Social de Derecho), sistema (interpretación conforme al fin predominante) y precedente (obediencia a las sub-reglas constitucionales).<sup>50</sup> Es seguro decir que esta es la narrativa que mejor da cuenta, en términos descriptivos, de la interpretación constitucional en Colombia. Desde el comienzo de la aplicación de la constitución de 1991 ha habido en el país narrativas alternativas. Hoy en día, incluso, la narrativa que propongo no es homogénea y existen, con toda claridad, contranarrativas. Eso muestra, afortunadamente, que la historia y la teoría de la interpretación constitucional en Colombia apenas está comenzando.

---

50 Obsérvese que los tests se han expandido como técnica de interpretación gracias al precedente constitucional.



# UNIDAD 3

## PONDERACIÓN, BALANCEO Y TESTS

Og

Al finalizar la presente unidad usted estará en capacidad de utilizar adecuadamente, con plena conciencia de sus potencialidades y límites, los métodos conflictivistas de interpretación constitucional y, en especial, los juicios o tests de razonabilidad e igualdad y el balanceo concreto de derechos.

Oe

- Comprender la aparición, en Europa, de la jurisprudencia de intereses como crítica a las escuelas hermenéuticas del siglo XIX.
- Repasar las críticas y límites que tiene el conceptualismo y el historicismo como métodos dominantes de interpretación del derecho.
- Profundizar en los métodos y propósitos de la interpretación teleológica o finalista, mostrando sus posibilidades y límites.
- Comprender las razones de la aparición y expansión en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, del juicio de razonabilidad.
- Comprender las razones por las cuales la jurisdicción constitucional ha adoptado los métodos conflictivistas como parte de su repertorio de herramientas de interpretación.
- Analizar y comprender, con fundamento en la jurisprudencia constitucional colombiana, los pasos que usualmente se siguen en los juicios contemporáneos de razonabilidad e igualdad.
- Valorar las ventajas y dificultades que tienen los métodos conflictivistas de interpretación y conocer los espacios y oportunidades en que ellos resultan adecuados.
- Contextualizar el clima intelectual del trabajo de teóricos contemporáneos de la interpretación constitucional, tales como Ronald Dworkin y Robert Alexy.

## I. EL NACIMIENTO DEL “CONFLICTIVISMO” EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES

Desde finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX empieza a surgir y a ganar conciencia explícita una nueva forma de entender la interpretación del derecho. A esta forma la podríamos llamar “conflictivista” ya que entiende la interpretación del derecho dentro del marco de una “teoría de los conflictos”.<sup>51</sup> Esta nueva corriente interpretativa es típicamente moderna y está directamente relacionada con la crítica radical que se empieza a hacer en Europa a los métodos conceptualistas de construcción, interpretación y exposición del derecho que tanto habían dominado desde la obra de Savigny. Para los “conflictivistas” el derecho no empieza ni depende de “conceptos jurídicos”. Una disposición legal concreta no debe leerse a partir de la teoría general del acto jurídico, ni de una teoría general del acto administrativo, entre tantos otros ejemplos de construcción conceptualista. Tales teorías deben ser consideradas apenas como esquemas organizadores y heurísticos y no como axiomas interpretativos de los conflictos concretos.

Para los críticos de comienzos del siglo XX, el método conceptualista de Savigny invirtió el orden de la investigación en derecho y terminó privilegiando los conceptos abstractos con completo olvido de las circunstancias concretas y vitales en las cuales se desenvuelve el derecho. Autores como Heck, Rümelin y Stampe en Alemania empezaron a defender una interpretación pragmática que, aunque basada en la teleología de Ihering, también aspiraba a superarla y complementarla. A su método se le dio el nombre de “jurisprudencia de intereses” o “teoría del conflicto”. Su éxito e influencia no fueron muy altos en Colombia. Su legado teórico, sin embargo, resulta fundamental para entender el conflictivismo contemporáneo en derecho constitucional. La obra de Robert Alexy responde parcialmente a la dirección conflictivista inaugurada por la jurisprudencia de intereses.<sup>52</sup>

La jurisprudencia de intereses tenía tres propósitos fundamentales: (i) confirmar y ahondar la crítica que Ihering y otros ya habían iniciado a la jurisprudencia de conceptos y a su metodología de interpretación del derecho; (ii) aclarar y superar la noción de fin o propósito en la que Ihering había hecho tanto énfasis y mediante la cual guiaba la reincorporación del derecho a la “vida”;

---

51 La expresión es del jurista alemán Philip Heck quien la utiliza frecuentemente para contraponerse a las formas tradicionales de interpretación del siglo XIX.

52 Ver al respecto Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. CEC, Madrid, 1997, en especial págs. 33 y 43 a 46.

y, finalmente, (iii) proponer una noción de “coordinación de intereses” como piedra de toque de una moderna interpretación del derecho que superara los defectos fatales del conceptualismo y los límites relativos del vitalismo/finalismo. La noción de “vida” en Ihering buscaba cambiar de forma radical la mirada de la interpretación jurídica: de estar anclada y fijada en conceptos, proponía su paso al estudio y consideración de las necesidades e intereses de los actores sociales. Con ello, evidentemente, se daba un giro sociológico a la interpretación jurídica mientras que para los conceptualistas un caso dependía de la aplicación mecánica del concepto definitorio del instituto jurídico (“posesión”, “obligación”, etc., etc) con altos niveles de autonomía disciplinar para el derecho. Para Ihering (y sus discípulos “vitalistas” y “finalistas”) la interpretación de las normas debía servir, ante todo, las necesidades presentes de las interacciones sociales y no los conceptos abstractos creados por la ciencia jurídica. Este punto es aclarado por Heck en una conferencia de 1932 a partir de elaboraciones suyas que datan desde comienzos de siglo:

“La jurisprudencia superior es un procedimiento privativo [...] de la ciencia jurídica. Consiste [...] en la independización de los conceptos ordenadores de carácter general, los cuales son manejados como cuerpos con forma fija, a semejanza de los cuerpos de la naturaleza [...] En cada concepto obtenido por inducción hay que determinar exactamente su estructura, por ejemplo, en cada derecho subjetivo hay que fijar su sujeto, su contenido y su objeto. Tales problemas de estructura son, por ejemplo, los siguientes: si en la copropiedad es la cosa, el derecho, o el valor el que está dividido entre varias personas; o si en las obligaciones solidarias [...] hay pluralidad de obligaciones con el mismo contenido, o una sola obligación con pluralidad de sujetos. El resultado de la investigación acerca de la estructura se ha de encerrar en una fórmula, en una definición. Así queda construido el concepto. El resultado obtenido, esto es, la definición establecida, queda sentado de modo inconvencible y como fundamento apto para ser utilizado en la obtención de nuevas normas, y, por consiguiente, también en la resolución de aquellos casos que no han sido tenidos en cuenta al establecer el concepto. Es preciso trabajar de una manera seria con esta autonomía de los conceptos. Precisamente todo valor de la construcción reside en esta posibilidad ilimitada de aprovechamiento.”<sup>53</sup>

La jurisprudencia anti-conceptualista de Ihering es todavía tímida y tacaña desde la perspectiva de los “conflictivistas”. La noción de “vida” que utiliza Ihering “no es más que una voz-resumen que dignifica los individuos vivos”

---

53 Heck Philip, *Jurisprudencia de intereses*, *op. cit.*, pág. 533.

frente al imperio de los conceptos abstractos de la ciencia del derecho.<sup>54</sup> Pero ello no es suficiente. La dignificación de los individuos vivos, para Ihering, se logra mediante referencia a la noción de “fin” del derecho. El “fin” del derecho, además, permite establecer (para efectos interpretativos) el “fin” de una disposición legal. Así la interpretación de una norma, desde una perspectiva finalista, no procede mediante su encuadramiento en una teoría conceptual del campo. Para el finalista, la interpretación jurídica debe proceder a identificar el interés social protegido por el derecho mediante el fin de la norma. En casos de duda o vacío, el intérprete procede a proteger los intereses que se derivan de la investigación o reconstrucción del fin de la ley.

Sin embargo, esta visión finalista no es suficiente para los conflictivistas: para ellos la noción de Ihering es demasiado estática y unilateral a la vez. Detrás de una norma jurídica no hay un solo interés protegido por el fin de la norma. Detrás de la norma hay, mínimo, un conflicto bilateral de intereses. Así, la noción de “fin” sólo muestra el interés que ha prevalecido en la formación de la norma. Pero para captar la fuerza expansiva de esa norma no hay que ver exclusivamente su resultado (el fin) sino la relación conflictiva de intereses que hay en su trasfondo:

“Es de fundamental importancia el conocer que cada precepto jurídico decide un conflicto de intereses, se apoya en una acción recíproca de intereses contrapuestos, representa, por decirlo así, la resultante de esas fuerzas. La protección de los intereses mediante la ley no se efectúa nunca en un espacio vacío, sino en un mundo lleno de intereses, en el que todos los bienes son apetecidos, y, por tanto, la protección de un interés se realiza siempre a costa de otros intereses. Esta verdad es válida para todos los casos, sin excepción. Así, el reconocimiento del derecho de autor a una nueva obra intelectual, o la concesión de la patente a un nuevo invento, rechaza y perjudica los intereses de los concurrentes, o de los posteriores inventores [...] El fin de toda ley tributaria es procurar medios para la comunidad. Pero la peculiaridad de una cualquiera de estas leyes resulta de la consideración que preste al contribuyente. De aquí que no sea suficiente la jurisprudencia finalista de Ihering”.<sup>55</sup>

54 Heck Philip, El problema de la creación del derecho, *op. cit.*, pág. 61.

55 Heck, Jurisprudencia de intereses, *op. cit.*, pág. 529.

## TRABAJO PERSONAL

Seleccione una sentencia reciente que usted conozca y que pueda calificarse como "finalista" o "teleológica". Explique las razones por las cuales usted cree que la sentencia admite ese calificativo. Diga cómo se hubiera fallado el caso si el juez no hubiera utilizado la interpretación finalista. ¿Por qué razón cree usted que la interpretación finalista "desestabiliza" las interpretaciones textualistas? ¿Cuál de estas formas de interpretación realiza más plenamente el ideal de "fidelidad o respeto al derecho" que está a la base del Estado de Derecho? Finalmente realice un listado de pros- y contras que recomienden o militen en contra de la interpretación finalista.

Esta concepción termina siendo útil para el juez ya que le permite interpretar e integrar el derecho. En casos de duda o ambigüedad del derecho aplicable, la norma puede ser interpretada dentro de un marco conflictivista: el juez no es voluntarista o arbitrario, pero tampoco formalista ni conceptualista. Según Heck, la jurisprudencia de intereses responde a un movimiento progresista en el que, en todo caso, se respeta la ley:

"El juez, a semejanza del legislador, debe delimitar intereses y resolver conflictos de intereses. Pero la ponderación que el legislador ha hecho de tales intereses está antes que la propia valoración del juez, y es decisiva para éste. La segunda idea es que nuestras leyes, en relación con la abundancia de problemas de la vida son defectuosas, incompletas, y no exentas de contradicciones. El legislador moderno es consciente de esta insuficiencia, y por ello espera del juez una obediencia, no literal, sino conforme con los intereses en juego. Espera que no limite a subsumir lógicamente el hecho en el mandato de la ley, sino que también complemente los mandatos incompletos y rectifique los defectuosos. Se puede expresar esto así: el juez no debe tan sólo aplicar cada norma en particular, sino que debe amparar el conjunto de los intereses considerados por la ley como dignos de protección [...] Por consiguiente, el juez, cuando se da una situación de hecho que no coincida con ninguna de las previstas por la ley, debe, ante todo, formarse una idea del conflicto de intereses que se le presenta en el caso controvertido. Tiene que investigar si este mismo conflicto de intereses está ya resuelto por la ley bajo la forma de otras situaciones de derecho. En caso afirmativo ha de trasladar el juicio valorativo de la ley, resolviendo con igual medida idénticos conflictos de intereses".<sup>56</sup>

En muchos casos el juez se encuentra con una mayor libertad interpretativa. Aquí no le corresponde "trasladar" la resolución de intereses que haya hecho el legislador porque:

56 *Ibíd.*, pág. 536-7.

“El juez, para llenar las lagunas, debe aplicar los juicios valorativos de la ley, pero puede encontrarse ante una situación en que haya de resolver un conflicto según su propia valoración de los intereses vitales. Esto sucede en *numerosos casos* en que la ley remite al juez a su propia valoración, bien mediante una delegación expresa, o bien empleando palabras indeterminadas que exigen dicha valoración. Pero también se impone la valoración judicial cuando la estructura total del derecho pide una resolución, pero los juicios valorativos de la ley se contradicen entre sí o son impotentes para el caso en cuestión. En tales ocasiones, el juez debe adoptar aquella decisión que él, como legislador, hubiera propuesto”.<sup>57</sup>

La ponderación de intereses, por tanto, busca eliminar del derecho la influencia excesiva del textualismo, del historicismo y de la interpretación sistemática (cuando ésta última es fruto del conceptualismo de la ciencia del derecho). En vez de estos criterios, “la teoría del conflicto” busca que el juez investigue el choque de intereses que subyacen cada precepto y, en consecuencia, aplique tal balance legislativo a casos que no parecen explícitamente cubiertos por él. Se respeta al legislador, no en su texto, sino en el balance de intereses que hace entre grupos en choque. Este enfoque de metodología del derecho da un evidente giro hacia terrenos sociológicos y empíricos, en últimas, hacia la “vida” que tanto reclamaba Ihering en su confrontación contra los cánones de interpretación que utilizaba Savigny para el noble, pero muerto, derecho romano.

En estos autores la ponderación de intereses era, en general, “cerrada” o “blindada”: el legislador ya la había hecho y al juez le correspondía “descubri-la” para aplicarla a casos nuevos en vez de divagar inútilmente en la historia del derecho o en los ejercicios conceptualistas y sistemáticos de las teorías generales. Otras veces, en cambio, el legislador delegaba al juez un trabajo de ponderación de intereses “abierta”: el juez tenía autoridad ahora para realizar una ponderación fresca como si se tratara del mismo legislador.

## II. EL CONFLICTIVISMO EN INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: EL APORTE DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS

En los años subsiguientes, el gran problema teórico del conflictivismo será el de la ponderación “abierta”. Podría decirse que gran parte de la obra contemporánea de teoría del derecho (en gran parte aceptada por la Corte Constitucional<sup>58</sup>)

57 *Ibid.*, pág. 537.

58 Me refiero evidentemente a la obra de Ronald Dworkin y Robert Alexy.

radica en un esfuerzo por mostrar que las ponderaciones constitucionales, aunque abiertas, no son análogas a la promulgación de una nueva norma en sede legislativa (como pensaba la jurisprudencia de intereses).

Veamos un poco cómo surge este problema de la “ponderación abierta” y cómo se ha desarrollado en los últimos años: hasta aquí hemos sugerido que la “ponderación de intereses” arranca como un esfuerzo de teóricos del derecho por refundar, en términos modernos, empíricos e interdisciplinarios, una ciencia del derecho que se encontraba esclerotizada en las garras del conceptualismo savigniano. Esta descripción, sin embargo, es tan sólo parcialmente cierta y requiere de ciertas precisiones y matices. Para ello nos servirá un breve repaso por la historia de la jurisprudencia constitucional en los Estados Unidos.

En grandes líneas, esta historia procede de la siguiente manera: desde finales del siglo XIX y durante la primera década del siglo XX, la Corte Suprema de los Estados Unidos fue creando unas cuantas líneas jurisprudenciales, en consonancia con algunas tradiciones hermenéuticas legítimas del *common law*, en las que realizaba ponderaciones “abiertas” de intereses en conflicto. Para la Corte Suprema, sin embargo, lo que entraba en choque no eran tanto “intereses” (concepto propio de juristas de inclinación sociológica), sino “derechos” o “poderes”. En varios casos donde se discutía los poderes regulatorios del estado (los llamados en derecho constitucional de los EE.UU. *police powers*) para intervenir en el mercado, la Corte Suprema empezó a estructurar la interpretación desde una “teoría del conflicto”. No se trataba de decisiones que siguieran algún método hermenéutico y que decidieran perentoriamente desde él el resultado del conflicto. Se trataba, mejor, de decisiones en que la Corte realizaba una exposición detallada de los dos derechos que estaban en conflicto. En estos casos, casi siempre se oponía (i) el “fin” estatal perseguido por la norma (que casi siempre coincidía con la protección de algún bien o derecho colectivo tales como la salud, la protección de los trabajadores o la libre concurrencia económica) a (ii) algún derecho individual reclamado por actores económicos privados (libertad de contratación, empresa, iniciativa privada o protección a la propiedad).

Desde sentencias como *Mugler v. Kansas*<sup>59</sup>, la Corte Suprema de los EE.UU. empieza a descomponer con gran claridad analítica los argumentos de las dos partes para adoptar, no tanto una decisión concreta y cerrada en la ponde-

---

59 123 U.S. 623. En este fallo de 1887 la Corte continúa el trabajo que había iniciado años antes de limitación de los *police powers* del estado en materia económica a través de la noción de “debido proceso sustantivo”. Véase al respecto *Stone et al. Constitutional Law*. Little, Brown & Co, Boston, 1991, págs. 786 – 814.

ración de derechos, sino un método abierto en el que examina las variables que deben tenerse en cuenta dentro de estos casos en los que se usa el poder regulatorio del estado en materia económica. Así la Corte empieza por investigar el “fin” o “propósito” estatal de la medida; de igual forma, examina si la relación entre la norma y el “fin” son reales o tan sólo aparentes; y finalmente parece preguntarse si el fin estatalmente buscado tiene suficiente “peso” como para justificar la limitación de los derechos individuales contrapuestos. Esta presentación “conflictivista” de la interpretación ya se encuentra completamente acabada en el célebre caso de *Lochner v. Nueva York*<sup>60</sup> de 1905. Allí se afirma:

[este caso] es un problema de cuál de los dos poderes o derechos debe vencer —el poder del estado de legislar o el derecho del individuo a la libertad personal y a la libertad de contratación. La simple afirmación que se trata de una cuestión que se relaciona (así sea de manera remota) con la salud pública no necesariamente determina la constitucionalidad de la norma del estado. La ley debe tener una relación más directa, de medio a fin, y el fin en sí mismo debe ser apropiado y legítimo, antes de que una ley sea declarada válida [...]”

Este párrafo ya va en la vía de convertirse en un “test” de la “razonabilidad” de la norma legal que interfiere con la vida económica. Jueces subsiguientes adoptaron como *ratio decidendi* de esta línea jurisprudencial, no una ponderación “blindada”, sino una ponderación “abierta”: la jurisprudencia de la Corte no indicaba que las libertades económicas debían prevalecer sobre el poder del estado, luego de ponderar los dos “poderes” en conflicto. En su lugar, la Corte proponía una metodología abierta de ponderación que permitiera examinar la “razonabilidad” de la norma estatal: en primer lugar debía identificarse el fin u objetivo de la norma; en segundo lugar debía examinarse la legitimidad de dicho fin; en tercer lugar debía estudiarse que dicho fin no fuera meramente aparente y para ello se requería que la norma fuera medio adecuado para la consecución del fin.

Esta creación de metodologías de “balanceo” de derechos y poderes contrapuestos se generalizaría a lo largo del siglo XX en ciertas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de los Estados Unidos. El test de razonabilidad en materia económica pasaría a ser utilizado en los años treinta en la jurisprudencia de la primera enmienda (libertad de expresión) y luego en diversos temas de igualdad entre las personas a partir de los años sesentas.<sup>61</sup> El test de razonabilidad en

60 198 U.S. 45 (1905).

61 Véase al respecto Fernando Toller, *La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales: una metodología de interpretación alternativa a la jerarquización y el balancing test*. En Eduardo Ferrer (ed.), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Porrúa/UNAM, México, 2005, págs. 1199-1284



materia económica le permitió a la Corte, entre 1905 y 1930, declarar la inconstitucionalidad de alrededor de 200 medidas de intervención económica que los estados federados fueron expidiendo en el período. El test de razonabilidad, usado rigurosamente, ocasionó la inconstitucionalidad de normas de derecho laboral individual y colectivo y de regulación de precios. Es preciso anotar que estos dos tipos de normas eran parte del arsenal esencial del naciente estado de bienestar.

A mediados de los años treinta, la Corte cambió su posición en relación con los poderes regulatorios del estado. En lo que se conoce como el fin de la “era Lochner”, la Corte da un giro y empieza a mostrarse más deferente hacia las medidas de intervención económica. Ello se realizó mediante una modificación del “test de razonabilidad” que ya explicamos. Hasta ese momento el test había sido utilizado de manera exigente y rigurosa. A partir de 1938<sup>62</sup> la Corte afirma que en el análisis del “fin estatal” se contentará con que la norma tenga “una base racional”. Este nuevo estándar de razonabilidad será utilizado para dar un espacio mucho más amplio a la intervención económica del estado. Una nota de pie de página de este mismo caso del 38 sirvió como fundamento para crear luego, en los años sesentas, las diversas “intensidades” del test de razonabilidad de la legislación. Según la Corte de los Estados Unidos las leyes con contenido económico sólo tendrían que demostrar que su finalidad buscaba algún “objetivo racional”. A esta forma del test de razonabilidad (de la legislación) se le empezó a llamar “test de racionalidad”. Pero en la nota de pie 14 de la sentencia de 1938 la Corte afirmó estaría dispuesta a ser más exigente en el control de la finalidad de leyes que estuvieran “direccionadas a ciertas minorías religiosas, nacionales o raciales”. En estos casos, según la Corte, el

“prejuicio contra minorías diferenciadas y aisladas puede ser una condición especial que tienda a impedir seriamente la operación de los procesos políticos que debieran en general proteger a dichas minorías”.<sup>63</sup>

Con esta nota de pie de página nace en los Estados Unidos el test de igualdad y las intensidades del mismo. Así, cuando se trate de medidas estatales que hagan distinciones en relación a “minorías diferenciadas y aisladas” la Corte no adoptará el test de razonabilidad basado en una mera “base racional”, sino que realizará un “escrutinio estricto” de la constitucionalidad de la medida.

La experiencia judicial de los Estados Unidos crea, pues, el test de razonabilidad, el test de igualdad y la teoría de las diversas intensidades en los que estos se pueden emplear. Se trata, como se puede ver, de una técnica de interpreta-

62 En *U.S. v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938).

63 *Ibid.*, nota de pie 14.

ción conflictivista pero que, sin embargo, muestra ya muchas diferencias con las propuestas de Heck y de otros miembros de la jurisprudencia de intereses. En primer lugar se trata de sentencias de interpretación constitucional. Mientras que para Heck se trataba de interpretar la ley y de extender a casos no cubiertos la ponderación de intereses hecha por el legislador, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, de hecho, está haciendo una “ponderación de poderes” para *oponerse* al legislador. Así las cosas, el impacto político de estas doctrinas era diametralmente distinto: mientras que en Europa la jurisprudencia de intereses buscaba la ampliación progresista de los balances que hacía un nuevo legislador social a casos no previstos, en Estados Unidos, mientras tanto, el test de razonabilidad (con su inocultable base conflictivista) sirvió para empezar a limitar la actividad regulatoria del naciente estado intervencionista.

Otra diferencia salta a la vista: anteriormente veíamos cómo la jurisprudencia de intereses pensaba que en aquellos casos de “ponderación abierta” (es decir, cuyo resultado no hubiese sido dictado por el legislador) el juez quedaba en posibilidad de expedir una legítima norma de “legislación judicial”. Esta decisión no era arbitraria, sino que se trataba de hacer una nueva ponderación de intereses en un campo donde el legislador no la había hecho.

Los jueces de Estados Unidos, en cambio, optaron por otro camino teórico: es fácil ver que sus sentencias eran casos de “ponderación abierta” en la que no estaban “buscando” la ponderación de derechos que hubiera realizado el legislador. Por el contrario, se trataba de fallar una ponderación abierta entre el fin de la norma legal y los derechos por ella limitados. Para los jueces de los Estados Unidos esta decisión, a pesar de no seguir ninguna norma previa, era en todo caso “racional” y “objetiva”. No concebían, en ninguno de estos casos, que se tratara de una mera apreciación legislativa (así fuera en sede judicial); sus decisiones seguían siendo estrictamente judiciales, es decir, basadas en derechos y principios y no en razones de conveniencia política como resulta propio en la producción legislativa de normas. Se trata, no cabe duda, de “casos difíciles” en los que no hay norma previa determinada que los dirima.

En la jurisprudencia de los Estados Unidos el test de razonabilidad casi siempre se ha utilizado dentro de la interpretación de las cláusulas de debido proceso y de igualdad contenidas en la enmienda 14 de la constitución<sup>64</sup>. Pero el

---

64 Dice así la enmienda 14 en el aparte relevante: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier

hecho de que fueran casos difíciles no impedía (i) que las decisiones fueran consideradas el fruto de estricto razonamiento judicial y (ii) que dicho razonamiento judicial no fuera considerado ni intuicionista, ni voluntarista.

Se trata, pues, de verdaderas decisiones judiciales de naturaleza “objetiva”. Pero, podrá preguntarse el lector, ¿dónde se sostiene la objetividad de las decisiones judiciales tomadas en contextos de ponderación abierta? La respuesta es sencilla: las virtudes descriptivas del conflictivismo, más su formalización y estandarización en *tests* de ponderación (razonabilidad e igualdad) constituyen ahora el centro de la fe en la objetividad de las decisiones constitucionales de los jueces. Sobre esta convicción es que surge, contemporáneamente, el trabajo de autores como Ronald Dworkin y, más particularmente, Robert Alexy.

Estas prácticas judiciales norteamericanas, a su vez, serían bien recibidas por aquellos juristas europeos que empezaban a compartir, por distintas razones, la sensibilidad de la jurisprudencia de intereses. Las Cortes Constitucionales de todo el mundo y los Tribunales Internacionales de derechos humanos aprendieron de la Corte de los Estados Unidos que los *tests* eran una herramienta útil para (i) describir y (ii) decidir el choque de “poderes” que se da típicamente en el litigio constitucional. La jurisprudencia de los Estados Unidos agregó, sin embargo, un nuevo punto al conflictivismo: no sólo tiene un alto poder descriptivo (mediante la descripción dinámica y bilateral del conflicto y de los argumentos e intereses de las partes), sino que también ofrece una metodología racional, formal y estandarizada de “pesaje” de dichos intereses o derechos contrapuestos.

El caso colombiano no fue la excepción en este proceso de globalización del conflictivismo. Relativamente temprano en su actividad jurisprudencial, la Corte Constitucional colombiana empezó a utilizar, en algunas líneas jurisprudenciales, metodologías conflictivistas de descripción y decisión del litigio. Es apenas obvio que lo hiciera, por ejemplo, en la aplicación del artículo 13 (garantía de igualdad) ya que el test de igualdad se había convertido en herramienta usual del constitucionalismo comparado. Debe el lector observar, sin embargo, que el conflictivismo no es el método dominante de interpretación constitucional. Hay muchas líneas jurisprudenciales en Colombia en las que la Corte utiliza algún otro método (textual, histórico, sistemático, etc.), llega a establecer una sub-regla en que un interés o derecho debe *prima facie* prevalecer sobre otro y espera que los

---

persona de la vida, la libertad o la propiedad *sin el debido proceso legal*; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, *igual para todos*.” El test de razonabilidad y el test de igualdad son desarrollos interpretativos (ponderaciones abiertas) de los textos resaltados.

jueces de instancia, siguiendo la doctrina del precedente, respeten tal jerarquización en casos análogos.

El genuino conflictivismo en interpretación constitucional, sin embargo, opera así: la Corte piensa que en algunas líneas jurisprudenciales no es conveniente “cerrar” o “blindar” excesivamente la ponderación concreta de los derechos. En esos casos la Corte no les da a los jueces una “sub-regla sustantiva” (en la que se define el conflicto), sino mejor les da una “sub-regla metodológica” (como es el caso de cualquiera de los “tests”). En estos casos el “test” le dice al juez cómo proceder a hacer el análisis de los derechos contrapuestos y no cómo se resuelve sustantivamente dicho conflicto. Esto puede ser particularmente adecuado en situaciones sociales móviles, impredecibles, complejas o cambiantes donde la alta Corte puede pensar que lo más adecuado es definir las principales líneas de tensión entre derechos sin fijar concretamente su ponderación *a priori*. En estas líneas jurisprudenciales se requiere altos niveles de “ponderación”, “prudencia” y “equidad”. Estas palabras son valores jurídicos con los que se marca aquellos espacios del derecho constitucional donde parecen particularmente adecuados los métodos conflictivistas de interpretación.

Su

La Corte Suprema de los Estados Unidos empezó a utilizar, desde comienzos de siglo, una serie de doctrinas interpretativas a las cuales denominó “tests”. Su período de mayor florecimiento fueron los años cincuentas y sesentas, aunque siguen siendo de gran importancia en la jurisprudencia contemporánea. El problema fundamental que se plantea bajo en test es el siguiente: la expedición de legislación busca, al menos en teoría, el logro de un fin constitucionalmente aceptable. Pero a veces la consecución del fin aceptable ocasiona la restricción de un derecho fundamental. La respuesta legalista sería darle prioridad absoluta a la ley en virtud del principio democrático; la respuesta constitucionalista sería darle primacía a los derechos por razón de la supremacía de la constitución. El problema con ambas soluciones es que las dos sólo son parcialmente correctas. Para acomodar estos intereses en choque se trata de ponderar, entonces, la legitimidad, necesidad y urgencia de la legislación frente a la importancia y fundamentalidad del derecho conculcado.

### III. EL CONFLICTIVISMO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

El conflictivismo en la interpretación constitucional fue originalmente aplicado en Estados Unidos al examen de la legislación (es decir a confrontaciones estado-particular) y luego se traspasó a casos donde chocaban no legislación y derechos, sino derechos contra derechos (particular-particular). La Corte Constitucional colombiana ha utilizado las herramientas conflictivistas de interpretación en ambos contextos.

De un lado, utiliza el “test de razonabilidad” para mirar la constitucionalidad de legislación que restringe derechos fundamentales en casos relacionados a la garantía de igualdad<sup>65</sup>, al libre desarrollo de la personalidad<sup>66</sup> y frente a estados de excepción<sup>67</sup>. Pero igualmente utiliza el balanceo para medir el peso específico de dos derechos constitucionales en conflicto y determinar cuál de ellos ha de predominar. A esta última técnica se le ha denominado “armonización concreta”.<sup>68</sup>

#### TRABAJO PERSONAL

Lea con mucho detenimiento la sentencia C-179/05, (M.P. M. Monroy C.) Luego de ello responda las siguientes preguntas:

- ¿Qué es el juicio de razonabilidad según la Corte?
- ¿Está el juicio “estandarizado” en claro pasos o etapas, o se trata, más bien, de una metodología más informal de examen de intereses y derechos contrapuestos?
- ¿En la sentencia C-179/05 qué es lo que entra en conflicto: “derechos”, “intereses”, “objetivos”, “clases sociales”, “partidos políticos”, “personas”? ¿Cuál de estos conceptos es el más adecuado para una teoría general del conflicto? Justifique su respuesta.
- ¿Para qué y con qué propósito se utiliza el precedente en la sentencia?

65 C-530/93, M.P. E. Cifuentes.

66 C-211/94, M.P. C. Gaviria.

67 C-004/92, M.P. E. Cifuentes: “La Corte tiene en cuenta que un juicio de existencia sobre un presupuesto objetivo de una eventual declaratoria, en cuanto está ligado a conceptos complejos que envuelven criterios de evaluación estrictamente técnicos —como gravedad, inminencia, amenaza, etc.— debe necesariamente comportar un margen de discreta apreciación que, de todas maneras, no puede ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones, ni sustraerse del escrutinio lógico y racional del nexo de probabilidad que pueda enlazarse a sus manifestaciones, así como de la misma congruencia de su argumentación a la luz de las circunstancias cuya existencia se proclama”.

68 T-588/98, M.P. Cifuentes, reemplazando la interpretación historicista de la T-409/92 M.P. Hernández.

Siguiendo los desarrollos de la jurisprudencia comparada, un test judicial es un método conflictivista de interpretación en el que se formaliza y estandariza el razonamiento judicial sustantivo. Se trata, pues, de una formulación verbal, usualmente en pasos o etapas<sup>69</sup>, que la Corte Constitucional da como forma de balancear y ponderar entre intereses contrapuestos (ley contra derechos ó derechos contra derechos). En su mayor grado de generalidad, los tests que utiliza la Corte Constitucional colombiana son:

- Test de razonabilidad, para la revisión de legislación. Se usa para examinar la violación genérica de cualquier derecho constitucional. Sin embargo la Corte lo ha usado especialmente para examinar normas expedidas en estados de excepción, o para controlar normas que limitan el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- Test de igualdad, para la revisión de legislación o actos públicos o privados que distinguen entre personas, para controlar violaciones del derecho a la igualdad. Se trata de una forma específica y quizá más detallada del test de razonabilidad de la legislación.
- Ponderación concreta, para el balanceo de derechos fundamentales en conflicto.

La utilización de estos tests puede ser ilustrada con dos casos de la Corte. El primero con referencia al test de igualdad, que es, como se verá, una especie del de razonabilidad. En la C-022/96, M.P. C. Gaviria D., se demandaba el artículo Artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993:

“Término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

...

b. A los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a continuar estudios en Centros de Educación Superior, el puntaje obtenido en las pruebas de Estado o su asimilado realizado por el ICFES o entidad similar, se le sumará un número de puntos equivalente al 10% de los que obtuvo en las mencionadas pruebas. El ICFES expedirá la respectiva certificación.”

La Corte entra a examinar la constitucionalidad de la norma bajo la óptica de la igualdad. El examen consiste en aplicar el test, con sus pasos y jerarquía interna. **La Corte explica así la genealogía de esta “metodología” (como es frecuentemente llamada) de interpretación constitucional:**

“En la evaluación de la justificación de un trato desigual, la lógica predominante es la de la razonabilidad, “fundada en la ponderación y sopesación de

---

69 En esto se sigue la tradición judicial de los Estados Unidos.

los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos.” Muestra de lo anterior es la sorprendente coincidencia de los criterios utilizados por los distintos tribunales encargados de analizar casos que involucran el principio de igualdad. La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que “los tribunales deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones (diferenciadoras) establecidas en una ley son razonables a la luz de su finalidad”<sup>70</sup>; el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha afirmado que “la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable...”<sup>71</sup>; la Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que “una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.”<sup>72</sup>

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad : ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual? Esta Corte, en la sentencia T-230/94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad; en esta ocasión, completará esos lineamientos e introducirá distinciones necesarias para su aplicación al caso objeto de la demanda de inexequibilidad.

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae, el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso

70 *McLaughlin v. Florida*. 379 U.S. 184, 191 (1964). Citado por Laurence Tribe. *American Constitutional Law*. The Foundation Press. Mineola, N.Y. 1988. p. 1440.

71 *BVerfGE* 1, 14 (52). Citado por Alexy, *op. cit.* p. 391.

72 *Cour Européenne des Droits de l'Homme*. Arrêt MARCKX c. Belgique. 13 juin, 1979.

del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad<sup>73</sup>. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado<sup>74</sup>.

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. Sobre este último punto, el de la proporcionalidad en sentido estricto, ha dicho la Corte en la sentencia T-422 de 1992:

“Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.”

La conclusión de la Corte es declarar la inconstitucionalidad debido a que la norma atacada no era justificable bajo el test de igualdad. Para una adecuada comprensión del test de igualdad es fundamental apreciar el análisis posterior desarrollado en las sentencias C-371/00, M.P. C. Gaviria (discutiendo la ley de cuotas), la C-093/01, M.P. A. Martínez (discutiendo los requisitos exigidos para adoptar) y la C-673/01, M.P. M. Cepeda.

73 Alexy Robert, *op. cit.*, p. 112.

74 Cf., entre otras, las sentencias T-403/92, T-422 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y U-089/95, M.P. Jorge Arango Mejía



## TRABAJO PERSONAL

Exploración de algunos usos recientes de test de igualdad.

- Lea la sentencia C-670/02 y haga un listado de los pasos del juicio de igualdad así como de las diferentes intensidades que admite en su utilización. ¿Cuáles son las ventajas o fortalezas que tiene un test o juicio como herramienta de interpretación constitucional?
- Lea las sentencias C-555/05, C-913/04 y C-176/04 en sus apartes relacionados con el derecho de igualdad. En esas sentencias el juicio de igualdad ha sido utilizado para generar cargas argumentativas por parte de quien presenta una demanda de inconstitucionalidad. A partir de estas sentencias describa qué elementos del juicio de igualdad han sido incorporados como requisitos de admisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad. Explique las razones que en su opinión existen para este traslado de cargas argumentativas. Finalmente valore esta utilización del juicio de igualdad.
- Lea la sentencia C-875/05 y responda las siguientes preguntas: ¿Bajo qué criterios adopta la Corte Constitucional un “escrutinio estricto” dentro del juicio de igualdad? ¿Cuáles son los pasos que se siguen en un escrutinio estricto de igualdad? ¿Qué categorías reciben ese trato constitucional en Colombia? ¿Qué categorías no son revisadas bajo escrutinio estricto? ¿Por qué?
- Lea la sentencia C-76/06: ¿Utiliza la Corte en esa sentencia el test de igualdad? Justifique su respuesta. ¿Qué nivel de formalización del juicio de igualdad se requiere para que una interpretación conflictivista cumpla con sus objetivos?

En relación con el principio de la “armonización concreta” la Corte Constitucional se ha manifestado en varias sentencias. Tomaremos aquí como ejemplo la T-588/98, M.P. Eduardo Cifuentes en los que se busca armonizar la libertad de cátedra de un maestro de educación física y la libertad de conciencia de algunos de sus educandos. Para el maestro el logro de la psicomotricidad se alcanzaba cuando los estudiantes podían bailar adecuadamente bailes como “El Carrapicho” o “La Botellita”; para algunos estudiantes de fé cristiana, el tener que bailar estos ritmos para pasar la materia constituía una violación de su libertad de conciencia ya que el carácter “erótico” de los mismos iba en contravía de su moralidad religiosa. Para la Corte se hace necesario acomodar ambos derechos, ya que son igualmente atendibles. La armonización de ellos debe hacerse en concreto:

“La intervención del Estado en la educación puede expresarse a través de políticas y acciones indispensables para la adecuada formación física, intelectual y moral de los educandos, cuya exoneración por razones religiosas pondría en peligro o afectaría seriamente el cumplimiento de objetivos enderezados en esa dirección. De acuerdo con el principio de la armonización concreta, si los mismos objetivos pueden obtenerse a través de medios que eliminen las bases de la

objección de conciencia o religiosa que pueda elevarse contra determinada práctica escolar, se deberá optar por la solución que permita el simultáneo ejercicio de los derechos en aparente conflicto, el cual se superaría conservando la meta didáctica pero modificando o ajustando el método ideado para alcanzarla. Si por el contrario, la política o la acción se estiman necesarias para el desarrollo integral del discente y el medio de ejecución objetivamente insustituible, las posibilidades de armonización concreta se reducen, especialmente por la necesidad de optar por el mejor interés del educando menor de edad, en cuyo caso se alejarían las posibilidades de que en este tipo de situaciones pueda tener precedencia la libertad religiosa o la objeción de conciencia.”

Para una apreciación más completa de la técnica de armonización concreta pueden consultarse también en las sentencias T-425/95, T-198/96, C-475/97, SU-225/98 y T-801/98, entre muchas otras.

La técnica de ponderación o balanceo no está, de otra parte, exenta de críticas: el método parece presumir que existe una manera verdaderamente neutral para resolver entre derechos en conflicto. Pero esto no es cierto, se argumenta, porque el test en últimas obliga a tomar posiciones sustantivas sobre el impacto de los derechos. Así, por ejemplo, puede argumentarse que la técnica de la ponderación o el balanceo ha coincidido con una época de crítica al fin del “estado social de derecho” y que, por su lógica interna, lo ha desradicalizado, en desobediencia al propósito explícito de la constitución. Así, se podría afirmar que la ponderación o balanceo ha implicado un freno a la justiciabilidad de los derechos sociales. Así las cosas, los derechos clásicos de libertad siguen “optimizándose”, pero los derechos sociales ahora se “armonizan”. La “armonización” o “ponderación”, en la medida en que expresan ese prejuicio político, serían por tanto altamente criticables. El objetivo constitucional continuaría siendo, en todo caso, la optimización conjunta de derechos de libertad y de derechos sociales, y no la moderación, mediante interpretación falsamente neutral de armonización, de los derechos prestacionales de segunda generación.<sup>75</sup>

---

75 Al respecto véase, Aleinikoff Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, 96 Yale Law Journal 943 (1987) y López Medina Diego, “El derecho de los jueces”, Legis, Bogotá, 2000 (en especial el capítulo 4”). Agradezco a un revisor anónimo de este texto la insistencia en este importante punto.

TRABAJO PERSONAL

Lea la sentencia C-822/05 y haga un resumen de las formas en que la Corte Constitucional utiliza contemporáneamente el juicio de razonabilidad. Luego de realizar esto, responda las siguientes preguntas:

¿Cuál es la relación entre proporcionalidad y armonización concreta?

¿Qué es la prohibición de exceso?

¿Qué es la prohibición de defecto?

Explique las razones por las cuales la Corte niega que hay un solo método de ponderación.

Si hay varios, ¿cuáles son estos?

Finalmente, ¿cómo resuelve la Corte la ponderación concreta del caso?

¿Está usted de acuerdo con la decisión? Justifique su respuesta.

Su

- La jurisprudencia de intereses es un desarrollo de la jurisprudencia de fines o teleológica.
- La interpretación de intereses contrapuestos exige ejercicios de balanceo constitucional.
- El balanceo constitucional se hace mediante doctrinas o tests, en los que se especifican los pasos que deben seguirse para medir o pesar el valor relativo de dos reclamos encontrados.
- La jurisprudencia constitucional colombiana ha utilizado tests generales como los de razonabilidad, igualdad y armonización concreta.
- La técnica de los test se aplica a varios otros campos más específicos del derecho constitucional.
- USTED, SEÑOR JUEZ, DEBE DECIDIR EN TODO CASO CUÁLES MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN SON LOS CONSTITUCIONALMENTE CORRECTOS Y LOS SOCIALMENTE ADECUADOS. NADA PUEDE REEMPLAZAR LA OBLIGACIÓN QUE UD. TIENE DE FORMAR UNA TEORÍA PROPIA, ILUSTRADA Y COHERENTE DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (Y DE LA LEY). EN ESTE MÓDULO SÓLO SE LE DAN MATERIALES QUE PUEDAN CONDUCIRLO A LA REALIZACIÓN DE ESE PROPÓSITO.

# UNIDAD 4

## VINCULATORIEDAD DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Og

Al finalizar la presente unidad usted estará en capacidad de articular una posición clara sobre el problema de la obligatoriedad del precedente como arbitrio interpretativo en Colombia a partir del desarrollo histórico y de la discusión contemporánea sobre el tema.

Oe

- Examinar las fuentes normativas en que está basada la técnica del precedente vinculante en nuestro país.
- Precisar las obligaciones que impone sobre el juez la técnica del precedente vinculante.
- Diferenciar entre sistemas absolutos y relativos de obediencia al precedente.
- Vincular la actual doctrina de vinculatoriedad del precedente con la antigua noción (todavía vigente) de "doctrina probable".
- Analizar la sentencia C-836/01 como punto arquimédico de una línea jurisprudencial.
- Visualizar y entender la línea jurisprudencial sobre vinculatoriedad del precedente judicial en Colombia.

### I. INTRODUCCIÓN A LA TÉCNICA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

La aplicación directa de la Constitución a casos ordinarios por parte de jueces de instancia es, como ya se dijo, una desafiante responsabilidad hermenéutica. De acuerdo con lo anterior, la aplicación directa de principios constitucionales abre nuevas perspectivas de resolución de conflictos jurídicos, pero al mismo tiempo implica dificultades que el juez de instancia debe superar. Como lo habrá revelado lo discutido hasta ahora, la aplicación directa del texto constitucional al litigio corriente corre el riesgo de perder su credibilidad como práctica jurídica

sería y poseedora de contenido específico si los jueces no son capaces de mostrar criterios unificados y claros de interpretación constitucional.<sup>76</sup>

La crítica general consiste en lo siguiente: se sigue creyendo que el derecho constitucional consiste en tomar una norma o situación fáctica y descubrir qué derecho fundamental se está violando. Este proceso de tipificación es, además, extremadamente sencillo pues las normas constitucionales son en su mayoría tan generales que no resulta difícil afirmar que tal norma o tal hecho son violatorios del “debido proceso”, de la “dignidad humana”, del “Estado Social de Derecho” o “de la vida, honra y bienes” de las personas. Esta tipificación apresurada se basa en la idea errónea de que las garantías constitucionales nacieron genéricas y continúan en el mismo estado. Su única especificación se encuentra en los textos constitucionales y, por tanto, la dogmática constitucional carece todavía de una estructura propia.

Esta descripción era quizá cierta para la dogmática constitucional durante su etapa de infancia (1992-1997). Sin embargo, los varios años de actividad intensa de la Corte Constitucional nos han llevado, por lo menos, a la juventud de nuestro derecho constitucional de los derechos fundamentales.

Como varios comentaristas lo han sostenido, el período 1995-1997 y más recientemente el período 2003-2005 llevaron a la Corte a la consolidación de varias de sus líneas jurisprudenciales. Se crearon y modificaron, así, un importante conjunto de *sub-reglas* que especifican de manera importante la indeterminación primaria de los textos constitucionales. No se puede sostener, de ninguna manera, que el derecho constitucional colombiano sea ya un derecho maduro y bien definido por sus cuatro costados. Pero ya mucho se ha ganado en el proceso de definir sub-reglas y se equivocan funcionarios y jueces que todavía ven en la Constitución una tierra virgen donde los textos pueden ser interpretados de manera *absolutamente* indefinida y abierta.

La estructuración del derecho constitucional de los derechos fundamentales es una labor que se ha logrado mediante el “derecho de los jueces”. La mayoría

---

76 La razonable crítica, en palabras del Hugo Palacios Mejía, corre así: “Resulta difícil alcanzar consenso sobre los objetivos que debe alcanzar una comunidad. El consenso se produce con más facilidad cuando los objetivos se expresan en forma muy general, como cuando la Constitución colombiana expresa, en el artículo 2, que son fines del Estado “servir a la comunidad, promover la prosperidad general, y garantizar la efectividad de principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...” Aunque, a veces, la Corte Constitucional invoca tales objetivos para analizar la constitucionalidad de una determinada ley o decisión política, es claro que ellos, por haber sido expresados en forma tan general, no proporcionan criterios útiles para que la sociedad reconozca o niegue legitimidad a las decisiones políticas concretas”. *La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, 1999, p. 25.

de nosotros, sin embargo, continúa apegado a la idea tradicionalista de la auxiliaridad de la jurisprudencia. Sin conocimiento profesional y detallado de la jurisprudencia constitucional se corre el serio peligro de practicar derecho constitucional obviando la estructura y la doctrina que ya se han empezado a formar.

La doctrina constitucional vigente consiste en la formación de líneas jurisprudenciales en las que se han ido especificando las sub-reglas de derecho constitucional. Incluso en aquellos temas donde las sub-reglas no están todavía bien definidas, la estructura del derecho constitucional permite al menos mostrar con claridad en qué consisten las diferencias de posición. Esta estructura del derecho constitucional es en realidad una forma de creación de conocimiento social y político que podría llegar a perderse si los jueces y litigantes no aprenden a descifrarlo dentro de su aparente inmensidad.

A la altura del 2006 la Corte Constitucional colombiana acumula ya una cantidad impresionante de casos fallados con líneas jurisprudenciales bien solidificadas. En puros números, esta masa decisional es intimidante para cualquiera pues esta masa de datos, sin estructuración previa y sin técnicas de interpretación de sentencias es, simplemente, inmanejable.

La discusión que se propone de aquí en adelante podría ser útil para ayudar a dar estructura al derecho constitucional de origen jurisprudencial. La lectura de una línea jurisprudencial bien estructurada deja al lector mejor preparado para entender un tema social o político complejo y apremiante. Ya que le permite entender con mayor claridad sus opciones y garantiza que las decisiones políticas y sociales que toman jueces y abogados sean más eficaces, más realistas y más comprometidas. La lectura desestructurada de la jurisprudencia, en cambio, no enseña mayor cosa: las sentencias se apiñan las unas sobre las otras y cualquier valor cognitivo o jurídico que tengan se pierde en el vacío.

**Su**

- Las reglas constitucionales deben ser completadas mediante la identificación de subreglas vigentes de origen jurisprudencial.
- La lectura jurisprudencial sin método es un obstáculo para la toma de buenas decisiones. Una lectura constitucional metódica y rigurosa es una ayuda indispensable para el juez de instancia.

PUESTA EN COMÚN:  
LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE

Preparación para la sesión:

En conversaciones con jueces se nota que muchos tienen posiciones personales (con frecuencia divergentes) sobre el problema del valor del precedente constitucional en Colombia. Algunos sostienen que en un sistema legocéntrico (de supremacía de la ley como fuente del derecho) la jurisprudencia sólo tiene efectos *inter-pares*. Otros argumentan que en Colombia existe una doctrina del precedente obligatorio o cuasi-obligatorio. Entre estos últimos existen a su vez distintas opiniones sobre la fuente normativa de tal obligatoriedad y sobre su alcance concreto.

El facilitador debe animar una discusión sobre estos puntos con los jueces: traten de identificar, con mucha claridad, las distintas posiciones que hay en el grupo, su sustento normativo y la amplitud que se le da a la idea de precedente. Elaboren un cuadro en el que se presenten estas diferencias. Con este trabajo previamente realizado lean la siguiente sentencia en que la Corte Constitucional trata de dar luces sobre el problema de la vinculatoriedad del precedente en Colombia:

**Sentencia C-836/01**

[...]

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

[...]

El ciudadano Carlos Alberto Maya Restrepo, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad del artículo 4º de la ley 169 de 1896.

[...]

El tenor de la disposición demandada es el siguiente:

“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.”

[...]

Considera el actor que la disposición acusada es contraria al preámbulo y a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 29, 228, 230, y 243 de la Constitución Política.

Sostiene el escrito, que el artículo 4º de la ley 169 de 1.896, no se ajusta a los principios y valores de la Constitución Política de 1.991. El demandante considera que la disposición es inconstitucional por dos razones principales.

En primer lugar, afirma que la disposición demandada resulta arcaica y que fue redactada en el contexto de un país parroquial con una población muy pequeña, y con un número bastante menor de conflictos sociales al que existe hoy en día, lo cual explica la referencia a tres decisiones uniformes respecto de un mismo

punto de derecho. Con fundamento en jurisprudencia de la Corte Constitucional, afirma que la uniformidad de la jurisprudencia ordinaria permite asegurar la efectividad de los derechos y la prevalencia del derecho sustancial. Estos objetivos constitucionales son obligatorios para las autoridades estatales, y por lo tanto, resulta contrario a la Constitución, que los jueces en sus decisiones puedan desconocerlos apartándose de la jurisprudencia. Afirma que los recursos de casación y de súplica, aun cuando son diferentes en su naturaleza, tienen como objetivo unificar la jurisprudencia. Siendo ello así, los jueces inferiores están constitucionalmente obligados a seguir las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación.

Por otra parte, el demandante esgrime un segundo motivo de inconstitucionalidad fundamentado en la posibilidad que tiene la Corte Suprema de Justicia para apartarse de su propia jurisprudencia cuando la considere errónea. Al respecto dice:

“El art. 4° de la Ley 169 de 1.896 le otorga un poder discrecional a la Corte Suprema de Justicia, entre otras cosas para que varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”

“Por ello, viola la Constitución Política de 1.991, porque no asegura la efectividad de los derechos, porque no procura la exactitud, porque no otorga seguridad jurídica, porque no le da prevalencia al derecho sustancial, porque no respeta el imperio de la ley, porque no señala una fuerza vinculante de la Carta para los jueces de la República.”

Dice, de manera general, que la vigencia de un orden justo en el cual prevalece el derecho sustancial implica un nuevo entendimiento del sometimiento que tienen los jueces al imperio de la ley. Afirma que ya no se trata del sometimiento a la ley en sentido formal, sino que el concepto de ley se debe entender, en este momento, en un sentido amplio. En particular afirma que la actividad de la Corte Suprema se encuentra sujeta a la Constitución Política. En esa medida, la disposición deviene inconstitucional al permitirle a la Corte Suprema cambiar su jurisprudencia cuando considere que esta es errónea.

Para mostrar las repercusiones que dicha potestad tiene narra cómo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha variado sustancialmente su jurisprudencia respecto de la indexación de salarios y demás prestaciones laborales sin que para ello exista fundamento alguno y anexa un listado de fallos en los que casos similares se han resuelto de manera distinta.

[...]

Fundamentos y Consideraciones {de la Corte}

[...]

Planteamiento de los diversos problemas jurídicos y metodología de la exposición

Esta Corporación debe analizar los siguientes problemas:

a) Si a la luz de la Constitución Política actual, los jueces inferiores que pertenecen a la jurisdicción ordinaria pueden apartarse de las decisiones tomadas por



la Corte Suprema de Justicia como juez de casación. En tal evento, es necesario determinar también, si dicha facultad es constitucionalmente admisible en todos los casos, o si, por el contrario, es limitada. De tratarse de una facultad limitada, esta Corporación debe establecer cuáles son y cómo se dan tales limitaciones. Es decir, qué parte de las decisiones de la Corte Suprema resulta obligatoria para los jueces inferiores, y cómo están obligados a aplicarlas.

b) Si la Corte Suprema puede variar su propia jurisprudencia por considerarla errónea. Esto supone necesariamente el análisis del concepto de error y, por consiguiente, de los casos en que la Corte puede considerar errónea su doctrina. Por otra parte, en caso de tratarse de una facultad limitada y en la medida en que la Corte sí esté vinculada en algunos casos por su propia doctrina jurisprudencial, resulta indispensable determinar qué parte de ésta resulta obligatoria y cómo está obligada a seguirla.

El problema jurídico planteado se relaciona directamente con el valor constitucional de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la jurisdicción ordinaria: (1) para las decisiones de los jueces ordinarios inferiores —llamado “precedente vertical”- y (2) para las futuras decisiones de esa misma Corporación —precedente horizontal-. En particular, el problema se relaciona con las condiciones en que, tanto los jueces inferiores, como la misma Corte, pueden apartarse de las decisiones de ésta, en virtud de la función uniformadora de la jurisprudencia que tiene el recurso extraordinario de casación.

[...]

La forma como resulta obligatoria la doctrina judicial dictada por la Corte Suprema de Justicia

4.1 ¿Cuándo resultan obligatorios para los jueces y para la Corte Suprema de Justicia las decisiones de ésta como tribunal de casación?

14. La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución. La Corte ha avalado desde sus comienzos esta interpretación constitucional del concepto de “imperio de la ley” contenido en el art. 230 constitucional. Al respecto, en la Sentencia C-486/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo:

“Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la “ley” captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesi-

riamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico (Cart. 16)."

Por supuesto, esta no fue la intención del constituyente, quien, por el contrario, estableció explícitamente la prevalencia de la Constitución sobre las demás normas jurídicas (art. 4º), permitiendo así la aplicación judicial directa de sus contenidos. Sin embargo, esta jerarquía normativa no requiere ser explícita —como cláusula positiva— para que la comunidad jurídica la reconozca, ni supone como única consecuencia la aplicación directa de las normas constitucionales por parte de los jueces y de los demás operadores jurídicos. Implica, además, que la ley misma, la ley en sentido formal, dictada por el legislador, debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución. En esa medida, la Carta cumple una función integradora del ordenamiento, que se desarrolla primordialmente dentro de la actividad judicial, y en la cual los más altos tribunales de las diversas jurisdicciones tienen una importante responsabilidad.<sup>77</sup>

15. Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, construidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho. Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no sólo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial, pues, como quedó sentado en la Sentencia C-252/01 antes citada, esto constituye una garantía general para el ejercicio de los derechos de las personas y una garantía específica de la confianza legítima en la administración de justicia.

16. La sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta, y caracteriza su función dentro del Estado social de derecho como creador de principios jurídicos que permitan que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales. Esta doble finalidad constitucional de la actividad

77 La Corte ha reconocido previamente que la responsabilidad que les compete a los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial es aun mayor, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Ver Sentencia T-123/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), citada a su vez, en la Sentencia T-321/98 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

judicial determina cuándo puede el juez apartarse de la jurisprudencia del máximo órgano de la respectiva jurisdicción. A su vez, la obligación de fundamentar expresamente sus decisiones a partir de la jurisprudencia determina la forma como los jueces deben manifestar la decisión de apartarse de las decisiones de la Corte Suprema como juez de casación.

17. En principio, un cambio en la legislación motivaría un cambio de jurisprudencia, pues de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (artículo 113) y vulneraría el principio democrático de soberanía popular (artículos 1º y 3º).

18. Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia. Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.

19. Es posible, de otro lado, que no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismo supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto, compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. De la misma forma, ante la imprecisión de los fundamentos, pueden los jueces interpretar el sentido que se le debe dar a la doctrina judicial de la Corte Suprema.

20. Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter

decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un "plus" a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.

21. La expresión "erróneas" que predica la norma demandada de las decisiones de la Corte Suprema puede entenderse de tres maneras diferentes, y cada interpretación da lugar a cambios jurisprudenciales por razones distintas. En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior. Como se analizó de manera general en el numeral 18 supra, este tipo de error sobreviniente justifica que la Corte cambie su propia jurisprudencia. En segundo lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión. En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.

Esta Corporación se ha pronunciado sobre las anteriores dos posibilidades de variar la jurisprudencia, en los siguientes términos:

"44- El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-." SU-047/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Debe entenderse entonces que el error judicial al que hace referencia la norma demandada justifica el cambio de jurisprudencia en los términos expresados, pero no constituye una facultad del juez para desechar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sin un fundamento explícito suficiente.

#### 4.2. ¿Cómo resultan vinculantes las decisiones judiciales?

22. Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa 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 esta Corporación 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.<sup>78</sup> Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2° del artículo 230 de la Constitución. Por supuesto, la definición general de dichos elementos no es unívoca, y la distinción entre unos y otros en cada caso no resulta siempre clara. Sin embargo, la identificación, interpretación y formulación de los fundamentos jurídicos inescindibles de una decisión, son labores de interpretación que corresponden a los jueces, y principalmente a las altas Cortes. La *ratio decidendi* de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto.

23. Con todo, los *obiter dicta* o dichos de paso, no necesariamente deben ser descartados como materiales irrelevantes en la interpretación del derecho. En efecto, en muchos casos permiten interpretar cuestiones jurídicas importantes en casos posteriores que tengan situaciones de hecho distintas, aunque no necesariamente deban ser seguidos en posteriores decisiones. Así, puede ocurrir que carezcan completamente de relevancia jurídica, que contengan elementos importantes pero no suficientes ni necesarios para sustentar la respectiva decisión, que sirvan para resolver aspectos tangenciales que se plantean en la sentencia, pero que no se relacionan directamente con la decisión adoptada, o que pongan de

78 Sobre los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta* ver las siguientes providencias: SU-168/99, (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-047/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-640/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-961/00 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-937/99 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), Auto A-016/00 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), T-022/01 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), T-1003/00 (M.P. Alvaro Tafur Galvis)

presente aspectos que serán esenciales en decisiones posteriores, pero que no lo sean en el caso que se pretende decidir.

24. Adicionalmente, el juez puede observar que a pesar de las similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente existen diferencias relevantes no consideradas en el primero, y que impiden igualarlos, y en consecuencia, estaría permitido que el juez se desviara de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable. A contrario sensu, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados detalladamente, tengan un término de comparación —*tertium comparationis*— que permita asimilarlos en algún aspecto. En esa medida, resulta adecuado que el juez emplee criterios de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables, y solamente en la medida en que lo sean. En este caso, el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar porqué, a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar. Tanto en una como en otra hipótesis, los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho.

Por lo expuesto la Sala Plena de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, adopta la

#### DECISIÓN

De declarar exequible el artículo 4° 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 exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia.

#### RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 4° 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.

#### Aclaración de voto a la Sentencia C-836/01

[de los magistrados Manuel Jose Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra]

Con el acostumbrado respeto, los suscritos magistrados aclaramos nuestro voto. Si bien estamos de acuerdo con la parte resolutive de la sentencia y con la mayoría de las consideraciones en que ésta se fundamenta, estimamos que es necesario presentar algunos argumentos sobre la noción y la fuerza del precedente en un

sistema de tradición romano-germánica, como el colombiano, y el valor de la jurisprudencia dentro del marco de la Constitución de 1991.

[...]

Procedemos a exponer algunos argumentos que, aunque pueden representar en ciertos aspectos matices o enfoques distintos respecto de los esgrimidos en la sentencia, apuntan a complementar las consideraciones en que se fundó la Corte.

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. En cada caso, nos limitaremos a esbozar las líneas básicas del argumento.

#### 2.1 El acercamiento de las familias jurídicas: el valor del derecho comparado para superar barreras analíticas

Uno de los argumentos más comunes contra el reconocimiento del valor y la fuerza jurídica que tienen los precedentes judiciales parte del derecho comparado, o mejor, de una visión particular de las diferencias que existen entre el sistema de derecho común anglosajón y el sistema romano-germánico o de derecho civil. Esta visión que tiende a subrayar las diferencias, no tiene en cuenta los desarrollos que se han presentado en ambos sistemas o familias jurídicas durante el siglo XX, los cuales han acortado la distancia entre ellos, así subsistan importantes distinciones.

Así, una de las principales diferencias sobre las cuales recaban quienes se oponen a reconocer el valor del precedente en nuestro derecho es precisamente que el derecho común anglosajón es jurisprudencial, lo cual explica el valor que tiene el precedente en dicho sistema, mientras que el derecho romano-germánico es legislado, lo cual explica el lugar predominante de la ley. De esta constatación general se concluye que otorgarle valor de precedente a las sentencias en nuestro ordenamiento jurídico sería extraño y contrario a sus rasgos esenciales.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, principalmente, a partir de la segunda post-guerra mundial del siglo pasado, se ha presentado una convergencia entre las dos familias jurídicas en punto a la importancia de la jurisprudencia y de la ley. La disminución de la distancia entre ambas familias torna en inadecuada e incompleta la visión diferenciadora anteriormente descrita.

En efecto, en los sistemas de derecho común, en especial en los Estados Unidos, la ley ha incrementado significativamente su presencia y su valor. Ello ha ocurrido en numerosos campos dentro de los cuales se destacan tres por su especial relevancia: a) el derecho constitucional, puesto que la Constitución de los Estados Unidos es un texto normativo adoptado por una convención constituyente y puesto que a los textos que tradicionalmente han integrado la Constitución Británica se han sumado recientemente otros como una Carta de Derechos que in-

corpora la convención europea de derechos humanos<sup>79</sup>; b) el derecho federal, por oposición al derecho de las unidades estatales federadas, que es primordialmente un derecho legislado sobre todo en Estados Unidos<sup>80</sup>; y c) las ramas especializadas del derecho, respecto de las cuales, por su novedad relativa y por otras razones que no viene al caso mencionar, el órgano legislativo ha definido y desarrollado sus contornos básicos mediante leyes, conocidas como *acts o statutes*<sup>81</sup>. Por eso un magistrado norteamericano escribió un polémico ensayo intitolado “las cortes de derecho común en un sistema de derecho civil: el papel de las cortes federales de los Estados Unidos en la interpretación de la Constitución y de las leyes”<sup>82</sup>, en el cual fija su posición sobre esta nueva realidad jurídica consistente en que el derecho en su país en ciertas materias, pero cada día en un mayor número de ellas, es derecho legislado y no derecho originado en la creación jurisprudencial, sin que ello implique que las cortes dejen de realizar una tarea creativa. Lo sorprendente es que a los ojos de un anglosajón acostumbrado a estar atado por los precedentes centenarios, dicha tarea creativa en la “aplicación” judicial de las leyes es bastante más amplia que la típica en las áreas tradicionales del derecho común.

En cambio, en los sistemas de tradición romano germánica, en mayor o menor grado según cada país, se ha presentado el fenómeno contrario: la jurisprudencia ha cobrado mayor importancia, en especial la de los órganos que se encuentran en la cúspide de sus respectivas jurisdicciones<sup>83</sup>. El ejemplo más conocido se encuentra, paradójicamente, en la rama del derecho público donde hemos recibido en Colombia la más grande influencia francesa. Se trata obviamente del derecho administrativo francés que, como es bien sabido, ha sido de creación jurisprudencial bajo la égida del Consejo de Estado. Por eso, una autoridad en el tema anotaba sugestivamente que el Consejo de Estado era la más anglosajona de las instituciones de Francia<sup>84</sup>. Otro ejemplo lo constituye el derecho laboral alemán cuya creación y desarrollo ha sido obra de los jueces germanos<sup>85</sup>. Además, si se tomaran materias dentro de cada rama del derecho los ejemplos mostrarían que derecho legislado y derecho jurisprudencial conviven y que en varias de ellas el lugar del juez ha sido más importante que el de la ley. Como esta realidad no ha

- 
- 79 Robert Blackburn and Raymond Plant. *Constitutional Reform*. Longman. New York. 1999.
- 80 Guido Calabresi. *A Common Law for the Age of Statutes*. Harvard University Press. Cambridge. 1982.
- 81 Ídem.
- 82 Antonin Scalia. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*. Princeton. New Jersey. 1997.
- 83 Guido Alpa. *L'Arte Di Giudicare*. Biblioteca di Cultura Moderna Laterza. 1996. Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon. *Éléments de Common Law*. Carswell. Canadá. 1997. Adele Anzon. *Il Valore del Precedente Nel Giudizio Sulle Leggi*. Giuffrè Editore. Milano. 1995.
- 84 Georges Vedel and Pierre Delvolvé. *Droit Administratif*. Presses Universitaires de France. París. 1958. L. Neville Brown and John S. Bell. *French Administrative Law*. Clarendon Press. Oxford. 1993. Danièle Lochak. *La justice administrative*. Montchrestien. París. 1998.
- 85 R. Alexi y R Dreier. *Precedents in the Republic of Germany*, en Neil MacCormick and Roberts S. Summers. *Interpreting Precedents*. Ashgate Dartmouth – Aldershot et al. París. 1997.



sido incorporada a la visión predominante en Colombia respecto de las características de los sistemas jurídicos romano-germánicos estimamos necesario señalar la percepción que respetados doctrinantes tienen sobre lo que está pasando en sus respectivos países.

La experiencia registrada por observadores académicos de la práctica judicial y de los criterios adoptados por los jueces en los países de las principales familias jurídicas demuestra que las sentencias judiciales distan mucho de tener un simple valor ilustrativo o ejemplificativo en los sistemas jurídicos de tradición romano germánica. Si bien en algunos de éstos su valor no es el de un precedente obligatorio, en otros, notablemente en Alemania, la fuerza jurídica de las sentencias se acerca a la que éstas tienen en los sistemas de derecho común. Subsiste, claro está, una diferencia. El estudio comparativo más cuidadoso la resume así: en un sistema de derecho común el juez inferior nunca puede apartarse abiertamente del precedente sentado por un juez superior, mientras que en los sistemas romano germánicos ello si es posible siempre y cuando el juez inferior cumpla unas condiciones, más o menos exigentes en cada país y con consecuencias distintas en cada uno de ellos, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en la presente sentencia.<sup>86</sup> Por eso el balance general de la práctica del precedente en Alemania, Finlandia, Francia, Italia, Noruega, Polonia, España, Suecia, Reino Unido, Estados Unidos (Estado de Nueva York), y la Comunidad Europea fue sintetizado de la siguiente manera en el estudio más completo que se haya publicado sobre la materia:

"Dos grandes similitudes deben ser subrayadas. La primera es que el precedente juega ahora un papel significativo en el proceso de decisión judicial y en el desarrollo del derecho en todos los países y tradiciones jurídicas que han sido revisadas en este libro. Ello es así sin importar si el precedente ha sido oficialmente reconocido como formalmente obligatorio o como vinculante en algún grado por su fuerza normativa. Por razones históricas, en algunos sistemas jurídicos se ha formalmente desestimulado o incluso descartado que los precedentes sean citados abiertamente en las sentencias proferidas por las altas cortes. Pero aún en estos casos, el precedente juega en realidad un papel crucial. El derecho francés contemporáneo, por ejemplo, sería incomprensible si no se hiciera referencia a los precedentes sentados por las altas cortes para llenar vacíos o para complementar los códigos y otras fuentes formales tradicionales del derecho. Y en Francia, aún el precedente que interpreta estrictamente las leyes y los códigos, tiene significado normativo. La segunda gran similitud es que todos los sistemas han encontrado una manera de acomodar cambios y evolución en los precedentes a través de la propia actividad judicial"<sup>87</sup>.

86 Neil MacCormick and Roberts S. Summers. *op. cit.* 1997. pág. 538.

87 Ídem, pág. 532

## 2.2 El sistema de fuentes y el lugar de la jurisprudencia

La conclusión, derivada de la observación de la práctica judicial contemporánea anteriormente citada conduce a analizar un segundo argumento en contra de que en Colombia, por ser un país de tradición jurídica romano germánica o de derecho civil, la jurisprudencia sea considerada fuente formal de derecho, y no como usualmente ha sido clasificada, es decir, como fuente material de derecho.

En la presente sentencia la Corte Constitucional sostiene que el precedente 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<sup>88</sup>. No viene al caso abundar en tales razones. Basta con resaltar que no existe un fundamento empírico para sostener que dichas razones jurídicas de orden constitucional son contrarias a la naturaleza de nuestro sistema jurídico y a su sistema de fuentes.

Sin embargo, frecuentemente se invoca un artículo de la Constitución, el 230, para sostener que, así la práctica judicial indique lo contrario y así existan poderosas razones para justificar la fuerza vinculante de los precedentes judiciales, dicho artículo de la Constitución estableció un sistema de fuentes dentro del cual sólo es fuente formal de derecho la ley y el juez sólo está obligado a referirse a ella. En esta sentencia y en otras citadas en el fallo se acoge una interpretación sistemática de la Constitución para mostrar que una interpretación literal y aislada de este artículo es inapropiada.

Estimamos, en todo caso, que aún a partir de una interpretación simplemente literal y aislada de la norma no se deduce que el sistema de fuentes en Colombia excluye a los precedentes judiciales.

Así, del inciso primero del artículo 230 no se puede concluir que la ley es la única fuente formal de derecho. Este dice que “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”. Este inciso define en qué consiste la independencia de los jueces, v.gr., en que sus fallos no pueden responder a consideraciones extrañas a la ley como prejuicios, presiones, pasiones o intereses. También indica que el juez debe someterse al imperio de la ley, lo cual plantea un límite a la independencia del juez en la medida en que no puede fallar según su opinión personal, ni mucho menos según su parecer o capricho. El juez es independiente para respetar el derecho no para apartarse de él.

Se dice que la palabra “ley” en dicho inciso muestra que el juez sólo puede referirse a una fuente de derecho, v.gr., las leyes en sentido material. Esta interpretación es insostenible. Excluiría la ley superior, es decir, la Constitución que según el art. 4 de la Carta es norma de normas. Excluiría también los tratados que en virtud del art. 93, cuando se den las condiciones en él señaladas, prevalecen en el orden interno. Excluiría además los decretos que no tienen fuerza de ley, como aquellos que desarrollan las leyes marco o los decretos dictados en ejercicio de

88 Este cambio no es un fenómeno exclusivo de Colombia. Como lo resalta un académico francés las transformaciones en el sistema de fuentes responden a una evolución del Estado de Derecho hacia una concepción sustancial. Jacques Chevallier. *L'État de droit*. Montchrestien. París. 1992.

la potestad reglamentaria ordinaria. Igualmente, excluiría los acuerdos municipales y las ordenanzas departamentales. Finalmente, todas las demás fuentes de rango inferior a la ley dejarían de ser obligatorias para los jueces. De tal manera, que la palabra ley sólo puede ser interpretada en el sentido de “derecho” para evitar contradicciones con otras normas de la Constitución.

La cuestión a determinar, es entonces, si la jurisprudencia está incluida dentro del concepto de derecho. Obviamente, lo ha estado y lo sigue estando. Sin embargo, se dice que aunque la jurisprudencia es derecho, en virtud del inciso segundo del artículo 230 es derecho auxiliar, pues dicho artículo señala que: “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” No obstante, cabe recordar que ni aún en la sentencia mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable parcialmente el artículo del Decreto 2067 de 1991 en el cual se decía que la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional era criterio auxiliar “obligatorio” (artículo 23), la Corte sostuvo que las sentencias carecían de fuerza vinculante para los jueces en casos futuros. En efecto, la Corte hizo una distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* con el fin de precisar el concepto de jurisprudencia empleado en el artículo de la Constitución citado – se refiere a las sentencias en general - y el de doctrina utilizado en el artículo del decreto demandado – se refiere al *obiter dicta* -. Se indicó, pues, que la *ratio decidendi*, e inclusive otros fundamentos de la parte motiva que cumplieran ciertas condiciones, eran obligatorios: “los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarde relación directa con la parte resolutive, así como los que la corporación misma indique ... en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios ...”<sup>89</sup>.

Esta sentencia fue reiterada y desarrollada en fallos posteriores y en especial en la sentencia mediante la cual la Corte Constitucional se pronunció sobre el proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. La Corte declaró inexecutable las expresiones subrayadas de la última frase del numeral primero del art. 48 que decía que “sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general”, y declaró executable el resto de la norma bajo el entendido de que “la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional tiene carácter obligatorio general”. Igualmente, declaró executable el numeral segundo de dicho artículo de la Ley Estatutaria, sobre el alcance obligatorio de las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela, el cual dice que “su motivación constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”. Dicha executibilidad, es necesario enfatizarlo, fue condicionada “bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán

89 Sentencia C-131 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad<sup>90</sup>.

En conclusión, si bien no todas las partes de una sentencia ni mucho menos toda la jurisprudencia constituyen fuente formal de derecho, la *ratio decidendi* de los fallos, por lo menos, tiene fuerza vinculante. Posteriormente se verá que dicha fuerza no es igual a la del derecho legislado pero ello no significa que el precedente judicial carezca de valor normativo como fuente formal de derecho.

### 2.3. La tradición jurídica colombiana

Un tercer argumento en contra del reconocimiento del valor normativo de los precedentes judiciales es que ello es contrario a la tradición jurídica colombiana. Según esta tesis la Carta de 1991 hizo distinciones sobre el sistema de fuentes aplicable al derecho constitucional, por un lado, y a las demás ramas del derecho, por el otro. Por eso el precedente constitucional puede tener valor normativo, en los términos de los fallos de la Corte Constitucional sobre el tema, pero en otras disciplinas jurídicas las sentencias carecen de dicho valor.

En el presente fallo, la Corte Constitucional se aparta del enfoque según el cual el derecho constitucional es especial y diferente en este punto. Al reconocer la fuerza normativa del precedente al campo del derecho civil, laboral, comercial, penal, entre otros, la Corte no está yendo en contra de la tradición jurídica colombiana. No es este el momento de hacer un recuento de los debates que se han presentado en Colombia respecto a este punto ni una descripción de la evolución de nuestra tradición jurídica. Sin embargo, estimamos necesario recordar que la Ley 153 de 1887, cuya trascendencia fundante en nuestra tradición jurídica es indiscutible, difícilmente puede ser leída como un estatuto inspirado en las posiciones más extremas de la escuela de la *exégesis* y del culto a la ley. Su tratamiento de las reglas de la jurisprudencia, de la doctrina constitucional, y de las fuentes del derecho en general no se enmarca dentro de una filosofía reduccionista del derecho según la cual el derecho emana de la ley y sólo de la ley.

Además, la idea de que una tradición no puede evolucionar es *contraevidente*. Las tradiciones jurídicas son esencialmente cambiantes, así las transformaciones se lleven a cabo gradualmente o inclusive imperceptiblemente<sup>91</sup>. Pero las tradiciones también evolucionan mediante cambios notorios y radicales. El mejor ejemplo de ello es, nuevamente, la tradición romano germánica en la cual se inscribe nuestro sistema jurídico. El derecho romano era esencialmente pretoriano, no legislado. No obstante, la codificación en Francia y en Alemania, en diferentes momentos históricos y por razones distintas en cada país, le dio un lugar privilegiado a la legislación. Posteriormente, el precedente judicial adquirió un papel crucial en determinados campos del derecho y, como se resaltó en la sección 2.1. de esta aclaración, ha pasado a jugar un papel crucial tanto en Francia como en Alemania.

90 Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

91 Alan Watson. *Sources of Law, Legal Change and Ambiguity*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1984 y R.C. Van Caenegem. *Judges, Legislators & Professors*. Cambridge University Press, 1987.

#### 2.4. La integridad de un ordenamiento jurídico donde la Constitución es norma de normas

Lo anterior no significa que no existan diferencias entre países ni entre ramas del derecho en punto a la fuerza normativa de los precedentes. Entre nosotros, por ejemplo, uno de los aspectos donde el derecho constitucional tiene una especificidad en materia de precedentes, es el del lugar del precedente constitucional dentro del ordenamiento jurídico y su función para preservar la integridad del mismo.

Como la Constitución es norma de normas el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no solo para la interpretación de la Constitución sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta. Las sentencias constitucionales interpretan la Constitución o pueden interpretar las leyes, y en todo caso su lugar en el sistema de fuentes no es inferior al que ocupan las leyes. En principio, los jueces deben seguir la jurisprudencia constitucional y cuando no lo hacen por razones del respeto al principio de igualdad, de seguridad jurídica, o de confianza legítima deben indicar las razones que los llevaron a apartarse de la jurisprudencia. En sentencia T-321 de 1998 la Corte dijo: "3.4. Sin embargo, a efectos de no vulnerar el derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica (que tiene como uno de sus fundamentos, el que se otorgue la misma solución dada a casos similares - precedentes -), el funcionario que decide modificar su criterio, tiene la carga de exponer las razones y fundamentos que lo han llevado a ese cambio". No se olvide que la norma fundante del ordenamiento jurídico es la Constitución, según el artículo 4 de la Carta, que la define como "norma de normas" y que, por lo tanto, como lo afirma un tratadista español, ya citado en la sentencia C-104 de 1993, dice que "la Constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución"<sup>92</sup>. Por eso, las sentencias de la Corte Constitucional son para un juez fuente obligatoria de derecho. En una sentencia reciente, esta Corte de manera unánime subrayó que los funcionarios judiciales al aplicar las leyes deben respetar lo decidido por la Corte Constitucional en lo sustancial y que dentro de las causales de casación, previstas en el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, se incluye el desconocimiento de la cosa juzgada y de la doctrina constitucional<sup>93</sup>.

Finalmente, la integridad del ordenamiento jurídico sólo puede preservarse si hay coherencia entre la interpretación que fija el contenido material de las leyes y la interpretación que fija el sentido de la Constitución. Por ejemplo, si una norma declarada exequible por la Corte Constitucional es interpretada por los jueces de una manera contraria a la Constitución se rompe la integridad del ordenamiento jurídico. Por esta razón la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en el

92 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, tomo 1, Cuarta edición, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 100.

93 Sentencia C-739 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

artículo 48 al que hacíamos alusión dice que “la interpretación que por vía de autoridad hace (la Corte Constitucional) tiene carácter obligatorio general”.

### 2.5. El equilibrio entre evolución del derecho y consistencia jurídica

Los planteamientos de la Corte Constitucional sobre el precedente han suscitado otra inquietud. Se dice que no es una buena política reconocerle un carácter vinculante a los precedentes judiciales porque ello petrifica la jurisprudencia y obstaculiza la evolución del derecho.

No compartimos esta afirmación. En primer lugar, refleja una visión caricaturesca de un derecho común anclado en el pasado en contraste con un derecho romano germánico que sí sería capaz de ajustarse a los nuevos tiempos y a las realidades cambiantes. La experiencia observada en diferentes países con el tratamiento de los precedentes muestra que ello no es así. En los sistemas de derecho común los jueces han desarrollado numerosos criterios y técnicas de interpretación de los precedentes para abrirle espacio suficiente a la evolución del derecho y a la posibilidad de que éste responda a nuevas realidades y concepciones. Lo mismo ha sucedido en los sistemas de tradición romano germánica con la interpretación judicial de los códigos puesto que en varias materias, dentro de las cuales se destaca la relativa a la responsabilidad extracontractual, los jueces han impulsado la evolución del derecho de tal manera que el legislador o bien ha aceptado las creaciones jurisprudenciales o bien ha optado por legislar para reaccionar a ellas lo cual también representa una evolución.<sup>94</sup>

En segundo lugar, la afirmación de que reconocerle fuerza vinculante al precedente impide la evolución del derecho contradice la tesis de que los jueces no tienen una función creativa y por lo tanto sus decisiones no pueden ser consideradas fuente formal de derecho. En efecto, si el derecho puede evolucionar por vía jurisprudencial es precisamente porque sus contenidos cambian a medida que los jueces ejercen su actividad interpretativa, y si los contenidos jurídicos cambian es porque las sentencias en mayor o menor grado, de una u otra forma, son fuente creadora de derecho.

En tercer lugar, afirmar la fuerza normativa de los precedentes no conduce a la petrificación del derecho. Por eso, no puede asociarse respeto al precedente y conservadurismo jurídico, o, viceversa, apego exclusivo a la ley y progresismo jurídico. Quizás en otro momento de la historia de la tradición romano germánica ello fue así puesto que la ley representó un avance frente a las doctrinas predominantes en algunas jurisdicciones. También significó una concreción, por lo menos en Francia, de una revolución democrática. No obstante, no se puede trasladar automáticamente esa realidad histórica a la situación colombiana contemporánea ni convertir en axioma eterno que la ley es progresista y el juez es conservador. Además, respetar el precedente no significa que es imposible apartarse de él. En esta sentencia como en todas las demás en las cuales la Corte

94 D. Neil MacCormick and Roberts S. Summers. *ob. cit.* 1997 págs. 519 y ss.

Constitucional ha abordado el tema<sup>95</sup>, se ha admitido expresamente que es posible no seguir el precedente, siempre y cuando se cumplan unos requisitos sobre los cuales ha elaborado esta Corporación.

Pero esta cuestión exige abordar un último punto: el relativo a en qué consiste la fuerza normativa de un precedente.

[...]

#### **Salvamento de voto a la Sentencia C-836/01**

[del magistrado Jaime Araujo Rentería]

Con el respeto acostumbrado por las determinaciones de esta Corporación, me permito separarme de la decisión que en su parte resolutive condicionó la exequibilidad del artículo 4º de la Ley 169 de 1896, por las siguientes razones:

[...]

En relación con el tema de si las Cortes Supremas quedan o no ligadas por su precedente judicial es claro que en nuestro sistema jurídico (y así lo consagra la norma que se examina) las Cortes se pueden separar del precedente. No sobra recordar que nuestro sistema de derecho no es un sistema de precedentes, como el sistema norteamericano o el sistema inglés, sino de derecho legislado. Ni siquiera en esos dos sistemas jurídicos (inglés y americano), las Cortes Supremas quedan ligadas a su propio precedente, pues no son obligatorios para el Tribunal Supremo de Estados Unidos ni del Reino Unido; en el caso de los Estados Unidos la Corte Suprema Federal, ha declarado en muchas oportunidades que no está obligada a seguir sus propios precedentes y en el caso del Reino Unido, el máximo tribunal judicial de ese país, que es la Cámara de los Lores, si bien declaró en 1898 que ella estaba obligada a respetar sus propios precedentes, el día 26 de julio de 1966 declaró que de ahí en adelante no quedaría sujeta a sus propios precedentes, por lo que se volvió a la situación existente antes de 1898.

Como se puede observar ni siquiera en los sistemas jurídicos de precedentes, cuyos dos paradigmas son la Cámara de los Lores del Reino Unido y la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, están hoy en día atados a sus propios precedentes y si esto sucede en esos sistemas jurídicos, con mayor razón nuestras Supremas Cortes pueden apartarse de sus propios fallos. Los magistrados que votaron el respeto por el precedente de las Supremas Cortes trataron de ser más papistas que el Papa.

El problema de los fallos de las Supremas Cortes y cuándo éstos deben ser seguidos o no por los jueces en casos análogos, debe distinguirse claramente del anterior y plantea el problema de la jurisprudencia como fuente del derecho y su valor para los jueces.

95 Por ejemplo, en la SU-995 de 1995 la Corte dijo: “El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro”.

La existencia de la jurisprudencia trae una serie de interrogantes cuyos principales aspectos son los siguientes:

- a. Si la jurisprudencia es o no fuente del derecho.
  - b. Si es creadora o no del derecho
  - c. Su importancia respecto de otras fuentes jurídicas
  - d. La obligatoriedad de la jurisprudencia
  - e. El cambio de la jurisprudencia
  - f. La unificación de la jurisprudencia
- a. Si la jurisprudencia es o no fuente del derecho. Más exactamente, si es o no fuente general del derecho. Sobre este tema hay por lo menos tres posiciones: las que sostienen que la jurisprudencia nunca es fuente del derecho, según esta concepción el juez se limita a la aplicación de la ley (ley en sentido amplio) y en consecuencia la fuente del derecho es siempre la ley; la segunda posición es la de quienes sostienen que la jurisprudencia es siempre fuente general del derecho, y la tercera la de quienes sostienen que la jurisprudencia es a veces fuente general del derecho.
- Quienes acogen esta última posición distinguen entre los casos previstos por la ley y los casos no previstos por ella, para concluir que en el primer evento no es fuente y en el segundo sí, pues al no existir ley que lo regule y existiendo, por otro lado, el deber que tiene el juez de fallar, el juez crea la norma y la jurisprudencia es fuente de derecho.
- b. Si es creadora o no del derecho. La jurisprudencia crea o declara el derecho. Este problema está íntimamente ligado al anterior y respecto de él existen por lo menos los siguientes criterios: El primero, que sostiene que la jurisprudencia y más exactamente la sentencia es siempre declarativa, ya que el juez no hace más que declarar en el fallo lo que ya está en la ley; la segunda, que sostiene que la jurisprudencia es siempre creadora del derecho, pues siempre aporta elementos nuevos a los ya establecidos en la ley y en el peor de los casos creará cuando menos la cosa juzgada, que no contenía la ley; y la tercera posición que sostiene que la jurisprudencia es creadora, sólo cuando el juez llena una laguna de la legislación.
- c. Su importancia respecto de otras fuentes jurídicas. El tercer problema está íntimamente ligado a la diferencia entre los regímenes jurídicos predominantemente legislados y los regímenes de precedente (o Common Law). En los primeros, la ley (en sentido amplio, incluida la constitución) es la principal fuente del derecho y la jurisprudencia es una fuente subordinada a la ley; en los sistemas de precedente la jurisprudencia es fuente general del derecho.
- d. La obligatoriedad de la jurisprudencia. El problema a resolver es si la jurisprudencia de los altos tribunales es obligatoria para los jueces cuando les toque fallar casos análogos.

Para resolver este interrogante hay que referirlo a una época y un país determinado, ya que puede variar de un país a otro, e incluso dentro de un mismo Estado, en épocas diversas.



Sobre este tema son posibles dos soluciones: que el precedente judicial no sea obligatorio, cuando se trate de resolver casos similares; o segundo, que sea obligatorio; bien porque lo establezca la ley, o porque haya surgido de una verdadera costumbre judicial, como sucede en el Common Law. Es importante señalar que cada sistema jurídico determina cuando la jurisprudencia es fuente del derecho y si es obligatoria o no.

En ciertos sistemas jurídicos se requiere, para que haya jurisprudencia, que haya más de una decisión sobre el mismo punto del derecho; por ejemplo, en el caso de Colombia, por lo menos 3 decisiones (en el caso de México se requieren cinco decisiones); de tal manera que una decisión o dos decisiones no hacen a la jurisprudencia fuente del derecho. En algunos sistemas jurídicos, como el mexicano, no basta cualquier decisión, exigese además que se adopten por una cierta mayoría, de modo que las decisiones que no tengan esa mayoría no pueden contarse dentro de las cinco que constituyen fuente del derecho.

Es importante señalar que, habiéndose producido el número suficiente de decisiones que le dan el valor de fuente del derecho, es posible que la jurisprudencia deje de ser fuente del derecho y esto sucede cuando se producen decisiones distintas o contrarias a la jurisprudencia anterior. En ese caso, la jurisprudencia deja de ser obligatoria, aun en los sistemas donde la jurisprudencia es obligatoria, de manera tal que los jueces de inferior jerarquía ya no están obligados a seguir la jurisprudencia anterior. El efecto de una sola jurisprudencia contraria es que deroga la jurisprudencia anterior y extingue su obligatoriedad general y para restablecer la jurisprudencia anterior se requieren las mismas condiciones que para establecer una misma jurisprudencia.

Tema íntimamente ligado con el anterior, es el de la modificación de la jurisprudencia, ya que una decisión en contra produce el efecto de derogar la jurisprudencia anterior y de quitarle su obligatoriedad, pero no crea necesariamente una nueva jurisprudencia, ya que para que exista la nueva jurisprudencia como fuente del derecho se necesita observar las mismas reglas establecidas por la ley para su formación, y en el ejemplo de Colombia se necesitarían por lo menos otras dos decisiones en el mismo sentido, para tener tres decisiones como mínimo que la constituyan en fuente del derecho (la primera decisión que interrumpió la jurisprudencia anterior y otras dos idénticas sobre el mismo punto del derecho).

Según la teoría pura del derecho de Kelsen, las normas jurídicas tienen más de una interpretación, ya que en realidad siempre hay un marco interpretativo, con más de una posibilidad y todas ellas tienen el mismo valor jurídico; el juez puede dentro de la misma ley y sin salirse de ella acoger una interpretación distinta a la que venía acogiendo; puede elegir otra de las posibilidades de la ley y de esta forma modificar la jurisprudencia. Con esto queda resuelto el problema planteado del cambio de la jurisprudencia.

El otro interrogante es de si la jurisprudencia es obligatoria o no. Ya hemos visto cómo aun en los casos en que lo es, su obligatoriedad puede interrumpirse por una decisión en contrario. En el caso de Colombia es claro que el legislador no la hizo obligatoria, ya que expresamente le da el carácter de doctrina probable y señala que los jueces podrán o no aplicarla en casos análogos.

No sobra recordar que por mandato constitucional, en nuestro país los jueces, para dictar sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley (artículo 230 de la Constitución). Esto no es más que la consagración positiva del principio fundamental del estado de derecho de la independencia de los jueces. “Esta independencia es producto histórico de la lucha entre la nobleza y el monarca. La nobleza quería que el Rey registrase las leyes que expedía ante los jueces y de esa manera tener seguridad en sus derechos. Poco a poco los jueces se van independizando del monarca, llegando incluso a proferir fallos contra las decisiones de éste.

La función legislativa es el desarrollo inmediato de la Constitución. La función ejecutiva y jurisdiccional son desarrollo mediato de la Constitución e inmediato de la Ley, ejecución de la Ley. Lo que diferencia estas dos formas de ejecución de la ley, es que en la rama ejecutiva, el órgano de superior jerarquía puede darle órdenes al de menor jerarquía (la administración pública es jerarquizada), en cambio, en la rama jurisdiccional lo típico es precisamente lo contrario: que el órgano de superior jerarquía (el juez superior), no puede dar órdenes al inferior, no puede decirle que aplique la ley de tal o cual manera. El juez sólo está atado a la ley: en el Estado de derecho el juez es independiente en un doble sentido: en el sentido de que la rama jurisdiccional no está bajo las órdenes de otra rama del poder público y de que el juez al fallar sólo está atado a la ley.”<sup>96</sup> Como se ve, por mandato constitucional en nuestro sistema jurídico los jueces de inferior jerarquía no están sometidos a la jurisprudencia de los jueces de superior jerarquía. ¿Cuál es entonces el valor de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico? El propio artículo 230 de la Constitución da la respuesta al señalar que la jurisprudencia no es más que un criterio auxiliar de la actividad judicial, de modo que el juez de inferior jerarquía al momento de fallar estudiará esta jurisprudencia y la acogerá si la encuentra razonable, pero podrá separarse de ella si la encuentra irracional, ya que no está obligado a seguirla.

Desde el punto de vista práctico, no es cierto que cuando la jurisprudencia de las altas cortes no es obligatoria, se presente una situación de anarquía jurídica, de desigualdad o de inseguridad jurídica, como paso a demostrarlo:

- a) Porque a pesar de no ser obligatoria la jurisprudencia, los jueces pueden seguirla voluntariamente;
- b) Porque hay una tendencia psicológica a hacer lo más fácil, y lo más fácil es seguir la jurisprudencia de los tribunales superiores; mucho más difícil es la de tener que pensar o reflexionar para apartarse del precedente;
- c) Porque el sistema judicial está organizado en instancias y existiendo tribunales de apelación, el juez de apelación puede revocar la decisión que se ha apartado del precedente y ajustarla al precedente, y finalmente porque existen ciertos procedimientos que buscan unificar la jurisprudencia, como es el recurso de casación y con este último absolvemos también el punto final que habíamos planteado.

En síntesis podemos afirmar que el sistema jurídico colombiano es diverso a los sistemas de precedente o del Common Law, que algunos magistrados quisieron extrapolar a nuestro sistema jurídico; que por mandato constitucional nuestros jueces son independientes y que sólo están atados a la ley y no al precedente judicial; que el precedente sólo tiene un criterio auxiliar de la actividad judicial, pero que jamás es obligatorio y que por mandato legal aún cuando la jurisprudencia se haya constituido en fuente del derecho, porque existen tres decisiones uniformes sólo constituye doctrina probable y que tampoco es cierto, desde el punto de vista práctico, que de no ser obligatoria la jurisprudencia se esté creando un caos jurídico.

- Ca**
- Haga un análisis muy cuidadoso de la sentencia. Después de leerla, identifique con ellos cuál es en su opinión el nivel de obligatoriedad de la jurisprudencia. ¿A qué quedan obligados los jueces en términos de conocimiento previo de jurisprudencia? ¿De qué manera, con qué argumentos, podrían apartarse de la jurisprudencia previa?
  - Identifique la *ratio decidendi* de la sentencia. Trate de identificar uno o más *obiter dicta*. ¿En qué consiste la diferencia entre estos dos conceptos? ¿Cuál es la diferencia entre el precedente horizontal y el precedente vertical?
  - ¿Cuáles son las principales divergencias entre el sistema romano-germánico de fuentes y el *common law*? ¿Cree Ud., como dicen algunos magistrados, que hay una tendencia a la convergencia entre los dos sistemas? ¿O cree Ud. que, como afirman otros, los dos sistemas son claramente diferenciables? ¿Tiene Ud. métodos independientes y autónomos de confirmar la validez de estas afirmaciones?
  - Contraste sus opiniones con el análisis que sobre el punto ofrece a continuación el autor del módulo.

- Su**
- En Colombia existe una doctrina del precedente clara en la jurisdicción constitucional. En todo caso, un manejo técnico de la jurisprudencia aumenta la seguridad jurídica y la justicia.
  - Dicha doctrina del precedente es igualmente aplicable al resto de las jurisdicciones, aunque este resultado no es aún pacífico entre los tribunales y los doctrinantes.

## II. LA VINCULATORIEDAD DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

A continuación se busca presentar al lector el panorama actual de la doctrina del precedente judicial en Colombia a partir de la sentencia C-836/01

que usted acaba de leer en sus apartes centrales. El texto procederá primero a hacer un breve recorrido histórico a través del valor de vinculatoriedad de la jurisprudencia en Colombia. Este recorrido es esencial ya que la Corte Constitucional contemporánea ha reexaminado dicha historia de manera muy profunda en la sentencia C-836/01. Tal revisión, además, nos permitirá entender que el desarrollo reciente (2001-2006) de la doctrina del precedente ha tenido un tema predominante: la Corte Constitucional ha buscado extender la teoría del precedente vinculante (consolidada claramente al interior de la jurisdicción constitucional) al manejo jurisprudencial que hacen las otras jurisdicciones en Colombia. Para este efecto ha invitado a la Corte Suprema y al Consejo de Estado a que estas corporaciones le den mayor fuerza gravitacional a sus propios fallos anteriores mediante una reconstrucción muy detallada del concepto de “doctrina probable”.

La principal consecuencia de esta postura radica en que los jueces (cualquiera sea su jurisdicción de origen) no pueden hacer cambios libres de su jurisprudencia establecida sin violar principios constitucionales fundamentales. Esto no implica, de otro lado, que los jueces estén atados absolutamente a lo ya fallado. Se trata, en palabras de la Corte Constitucional, de un sistema relativo de precedentes en el que (i) éstos ejercen una clara fuerza gravitacional para la decisión de casos futuros análogos y (ii) en el que el cambio jurisprudencial sólo se puede dar por un listado más o menos cerrado de motivos razonables y suficientes.

#### A. EL VALOR HISTÓRICO DE LA “JURISPRUDENCIA” EN EL DERECHO COLOMBIANO: EL ARTÍCULO 4º DE LA LEY 169 DE 1896

La jurisprudencia ha sido tradicionalmente definida en Colombia como fuente meramente “auxiliar” o “secundaria” de derecho. Esta ubicación formal de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho es también compartida en el resto de América Latina y, en general, en los sistemas jurídicos que se construyeron a partir de la idea de legalidad que surgió de la Revolución Francesa y del desarrollo decimonónico del derecho francés.

En el mundo post-revolucionario del XIX, las reglas positivas de derecho codificado y legislado fueron consideradas como fuente primaria (incluso única) del derecho.<sup>97</sup> La legislación y la doctrina tempranas en Colombia convergían

---

97 La idea de “legalidad” del Contrato Social de J.J. Rousseau lleva precisamente a ese resultado. Para una revisión general del concepto clásico de legalidad, véase Diego López Medina, *Teoría Impura del Derecho*, Legis, Bogotá, 2004, p. 204-212.

en el mismo punto: el artículo 17 del Código Civil colombiano (en réplica del artículo 5° del Code Napoléon) manifiesta que “[l]as 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 competencias por vía de disposición general o reglamentaria”.<sup>98</sup> El texto de esta disposición nacional se hace eco al odio revolucionario que los franceses sentían contra los llamados *arrêts de réglemént*, por las cuales las corporaciones judiciales francesas del *ancien régime* podían establecer doctrinas jurisprudenciales vinculantes de carácter general.

Esta posición anti-jurisprudencial fue modificándose con el tiempo en la misma Europa continental. Ya desde el siglo XIX los mismos franceses empezaron a hablar de la “*jurisprudence constante*” y los españoles de la “doctrina legal”.<sup>99</sup> Según estas figuras, la interpretación reiterada que hiciera la Corte de Casación sobre un mismo punto de derecho obligaba a los jueces inferiores a respetarla. La violación de la doctrina legal por el juez inferior, de otro lado, era causa suficiente para casar el fallo. No se trataba, de otro lado, de una doctrina que obligara a decidir el caso de la misma manera como se habían decidido casos anteriores.

La idea tradicional francesa del mero valor inter partes de la jurisprudencia tuvo en Colombia tensiones muy tempranas. El legislador nacional importó el concepto de doctrina legal casi al mismo tiempo que definía el valor meramente inter partes de la jurisprudencia en el artículo 17 del Código Civil.<sup>100</sup> En efecto, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 ordenaba 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 probable”. Una modificación posterior, en el artículo 371 de la Ley 105 de 1890, incluso perfilaba la institución de la “doctrina legal” de manera más rotunda: “Es 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 ley apropiada al caso”. El artículo 369, numeral 1° de la misma Ley estableció como causal de casación la violación de la ley sustantiva y de la doctrina legal.

---

98 De su lado el artículo 3° del Código Civil de Chile de 1855 dice: “Solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

99 De Cruz Peter, *Comparative Law in a Changing World*. Cavendish, Londres, 1999, p. 245.

100 Observará el lector que se trata del trasplante simultáneo de regímenes jurisprudenciales difícilmente compatibles entre sí.

La recepción temprana de la “doctrina legal” en la civilística nacional no puede ser más interesante. Dice al respecto Antonio José Uribe en un texto de 1903:

“Así, como lo dice el artículo 17 del Código Civil, las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria [...] Sin embargo, el artículo 10 de la Ley 153 de 1997 contenía una disposición muy restrictiva de este principio [...] De este modo cuando la Corte Suprema había dictado tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho, los demás tribunales tenían que conformarse á su interpretación, y, en contra de lo establecido en la ley civil sustantiva<sup>101</sup>, la Corte gozaba de una atribución análoga á la de los antiguos Parlamentos; se declaraba que la tercera sentencia dictada por ella sobre un punto de derecho, conforme á las anteriores, valía como sentencia general y reglamentaria.

Quizá una disposición semejante tenía algunas ventajas prácticas; podía evitar ciertos recursos ante la Corte Suprema porque se juzgaran inútiles. Sin embargo, era contraria á la separación de los poderes legislativo y judicial, y podía original serias dificultades.

En primer lugar, había que preguntar: ¿la Corte quedaba también ligada por tres decisiones suyas uniformes? Si se optaba por la afirmativa, resultaba que la Corte era poder legislador, con la sola obligación de decidir tres veces en el mismo sentido, obligación que también se impone, en cierto modo, al Congreso, con la exigencia constitucional de tres debates forzosos para cada proyecto de ley.<sup>102</sup> La experiencia demuestra que las Cortes Supremas modifican su jurisprudencia frecuentemente. Con el tiempo cambian las ideas y los hombres. A veces después de diez, quince y más decisiones en el mismo sentido, la Corte de Casación francesa ha adoptado el sistema opuesto. Toca al legislador resolver las dificultades de una manera definitiva, pero es por todo extremo peligroso conferir un poder de tal clase á la Corte Suprema.

Si, por otra parte, como creemos que debía decidirse, la Corte no quedaba ligada por tres decisiones suyas uniformes, resultaba que los tribunales inferiores quedaban obligados por la ley á conformarse á una doctrina que la Corte Suprema podía variar. Así, suponiendo que un Tribunal hubiese fallado según la doctrina legal en asuntos en los cuales podía recurrirse á la Corte, si ésta cambiaba de opinión, se anulaba la sentencia, aunque estuviese conforme a la ley. Si el juez no se ajustaba a la disposición del artículo 10, era forzoso infirmar la sentencia por violación de dicho artículo, aunque la Corte estimara el fallo aceptable en el fondo.

101 Se refiere aquí Uribe al artículo 17 del Código Civil precitado.

102 Se refiere aquí Uribe al numeral 1° del artículo 81 de la Constitución de 1886 que exigía, para que un proyecto fuera Ley de la República, que éste hubiera “sido aprobado en cada Cámara en tres debates, en distintos días, por mayoría absoluta de votos”. Se trata de la época republicana anterior al estado administrativo contemporáneo en que todo el trabajo legislativo se hacía en plenarios y donde un proyecto de ley era considerado reiteradamente (¡seis debates en plenaria!) para asegurar su concordancia con el ideal político de la *voluntad general*.

Como se ve, cualquiera que hubiese sido la interpretación del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, habría conducido á resultados inaceptables: si se admitía que la Corte quedaba ligada por sus propias decisiones, se la investía de facultades legislativas y se impedía el progreso de la jurisprudencia; si no, se llegaba a una extraordinaria confusión.

El artículo 371 de la Ley 105 de 1890 agravó el sistema de la doctrina legal de que estamos hablando [...] La misma Ley 105 de 1890 concedía de una manera expresa (artículos 369 y 370) el derecho de interponer recurso de casación contra sentencias violatorias de la doctrina legal.

El Congreso de 1896 reformó, á solicitud de la Corte Suprema misma<sup>103</sup>, las disposiciones anteriores, por medio del artículo 4° de la Ley 169, que dice: “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”<sup>104</sup>.

La conclusión de los argumentos de Uribe es rotunda:

“Esto, equivale á suprimir en absoluto el sistema de la doctrina legal, restableciendo la libertad para todos los jueces y tribunales, y habría bastado al efecto derogar pura y simplemente las disposiciones que atrás hemos analizado”.<sup>105</sup>

## B. LA “DOCTRINA CONSTITUCIONAL” CONTEMPORÁNEA

Esta presentación de Uribe resume muy adecuadamente el consenso existente en el derecho nacional hasta hace muy poco con respecto al valor de la jurisprudencia. Este consenso, de casi un siglo, se apoyó en el texto de la Ley 4ª de 1896 en la cual, como acabamos de ver, se reestableció un sistema libre de jurisprudencia meramente indicativa. Este consenso sólo vino a ser alterado a partir del año de 1991 cuando el legislador, primero, y luego la Corte Constitucional empezaron a insistir en la importancia de tener un sistema fuerte de jurisprudencia (y no libre o meramente indicativo), por lo menos para el caso de las decisiones emitidas por la jurisdicción constitucional. El aumento del valor de la jurisprudencia

103 En efecto, en su informe al Congreso de 1894 la Corte Suprema de Justicia pide la supresión del sistema de la doctrina legal.

104 Las expresiones “podrán” y “varíe” son destacadas en itálica por el mismo Uribe. Se trata, por supuesto, de un gesto muy dicente.

105 Uribe Antonio José, Introducción a *Jurisprudencia Colombiana*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1900, p. xxx-xxxii (énfasis fuera de texto). Habrá notado el lector que la introducción está fechada en 1903 (Agosto 12) y que el libro aparece con fecha de publicación de 1900. Desconozco las razones de esta incoherencia.

dencia constitucional empieza a darse con algunas vacilaciones en el año de 1991, desde el mismo momento en el que la nueva Constitución Colombiana empieza a ser implementada. La consolidación definitiva de un régimen y de prácticas de precedente constitucional, sin embargo, sólo se da a partir de sentencias de los años 1995-1998 donde la Corte Constitucional en pleno adopta un sistema fuerte de precedentes constitucionales, en contravía aparente del sistema adoptado por la Ley 169 de 1896 y cuyos conceptos fundamentales acabamos de discutir de la mano de Antonio José Uribe.

En efecto, la Corte construye un sistema de precedentes basado en principios y derechos constitucionales tales como el derecho a la igualdad, la seguridad jurídica, el principio de buena fe y confianza legítima y, finalmente, en la autoridad entregada a las altas cortes como unificadoras de la jurisprudencia nacional. Todos estos argumentos, extraídos de la Constitución, parecen pesar más que la idea tradicional de doctrina probable anclada en la Ley 169 de 1896 cuya validez y vigencia no se habían cuestionado seriamente hasta entonces.

Y es aquí donde el pasado y el presente se encuentran: de lo antedicho podría pensarse que el artículo 4° de la Ley 169 de 1896 era una norma implícitamente derogada por la Constitución de 1991 o que, al menos, había entrado en un claro proceso de desuetudo<sup>106</sup>. Lo interesante, sin embargo, es que la Corte Constitucional tramitó en el año de 2001 una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4° de la Ley 169 transcrita en este mismo módulo.

Del renacimiento en los años noventas de una doctrina fuerte del precedente podría esperarse que la Corte hubiera declarado inexecutable la “doctrina probable” al compararla con el texto, los valores y los principios del nuevo derecho constitucional colombiano. Según la jurisprudencia desarrollada desde 1995, podría pensarse que el artículo 4° estaba afectado por una inconstitucionalidad sobreviviente. Sin embargo, y muy sorprendentemente, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la norma en la sentencia C-836/01. Esta constitucionalidad, sin embargo, reinterpreta de manera muy radical el artículo 4° de la Ley 169 de 1896.

Las conclusiones de Antonio José Uribe en 1903 son invertidas a partir de argumentos históricos y sistemáticos basados en la Constitución de 1991 para mostrar que, en efecto, el artículo 4° establece, en consonancia con la reciente

---

106 En efecto, es difícil encontrar casos reales donde jueces o litigantes hicieran referencia explícita a la “doctrina probable”. La idea de “jurisprudencia” se utiliza con mucha frecuencia, pero no parecía tener mucho sentido imponerse la carga de probar la existencia de “doctrina probable” (en tres sentencias uniformes), cuando de dicha prueba no se conseguía ningún resultado argumentativo superior al de probar con sentencias individuales cuál era el estado de la “jurisprudencia”.



jurisprudencia, un sistema fuerte de precedentes y no una disciplina meramente indicativa de doctrina probable como había sido su interpretación casi centenaria. Esta reinterpretación, por supuesto, es sorprendente y más abajo se examinará con detenimiento su significado y legitimidad.

- Ca**
- El texto que se acaba de presentar es, de hecho, una muestra de interpretación histórica de textos legales y constitucionales: explique esta afirmación a la luz de los conocimientos adquiridos a lo largo del módulo.
  - ¿Podría dar ejemplos de buena utilización de interpretación histórica en sentencias que usted conozca?
  - La interpretación histórica busca con mucha frecuencia lograr precisiones sobre los contextos y objetivos que se buscaban al establecer una norma jurídica: explique esta afirmación a la luz de lo leído en esta unidad. ¿Podría dar otros ejemplos al respecto?

En el siguiente esquema se muestra a grandes rasgos las variaciones que ha tenido la vinculatoriedad de la jurisprudencia colombiana desde finales del siglo XIX:

**¿CUÁL ES EL NIVEL DE VINCULATORIEDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES (JURISPRUDENCIA) DENTRO DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO EN COLOMBIA?**

La sentencia tiene valor de precedente para casos futuros análogos por sus hechos.	Doctrina legal 1887-1896	Doctrina probable 1896-2001	La jurisprudencia es fuente meramente auxiliar no vinculante para casos futuros. La ley es fuente única del derecho aplicable.
	Doctrina constitucional 1991-1995		
	Doctrina Constitucional 1995-2004		
	Redefinición de la Doctrina probable 2001		

El cuadro muestra, primero, el paso que se dio hacia finales del XIX del concepto de doctrina legal al de doctrina probable y que ya hemos reseñado

suficientemente. La doctrina probable, de otro lado, fue el régimen jurisprudencial indisputado hasta el año de 1991. Los debates de fondo sobre el tema empezaron, después de casi un siglo acuerdo sobre el asunto, en el año de 1991 con la creación de la Corte Constitucional y la expedición del Decreto 2067 de 1991. Sus artículos 21 y 23 sugieren, aunque con alguna ambigüedad, un sistema fuerte de precedentes vinculantes que la Corte empieza a practicar entre los años de 1992 y 1993<sup>107</sup>.

En la sentencia T-406/92 se captura adecuadamente la incertidumbre de este momento cuando la Corte afirma: “Es innegable el valor pedagógico e incluso ‘normativo-general’ de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional y su importancia y alcance apenas empiezan a vislumbrarse en el panorama Jurídico Nacional”.<sup>108</sup>

A este nuevo régimen de disciplina jurisprudencial la Corte le da el nombre histórico de “doctrina constitucional”<sup>109</sup> y lo empieza a diferenciar nítidamente de la doctrina probable. Se trata del paso, como lo dice la Corte dicientemente, de lo “pedagógico” a lo “normativo-general”. Pero también es preciso anotar cómo también en fallos tempranos (1992-5) la Corte tuvo fuertes disensos sobre el tema. De hecho, la Corte parece haberse decantado en el año de 1993 hacia una posición tradicional sobre la auxiliaridad de los fallos judiciales con mero efecto inter partes mediante interpretaciones muy restrictivas e inxequibildades expresas de aquellos apartes de los artículos 21 y 23 que fundamentaban las prácticas precedenciales fuertes.<sup>110</sup> El mismo legislador especial (Dec. 2591/91) contribuyó a ese proceso mediante la expedición de nuevas normas con textos en los que se reinscribía el papel auxiliar de la jurisprudencia constitucional.<sup>111</sup>

En un segundo período (de 1995 a 1998) la Corte Constitucional parece haber adoptado una posición mucho más asertiva en relación con el valor de la

107 Véase al respecto, por ejemplo, las sentencias T-406/92 (M.P. Ciro Angarita), T-414/92 (M.P. Ciro Angarita), T-494/92 (M.P. C. Angarita), T-526/92 (M.P. C. Angarita) y T-548/92 (M.P. C. Angarita).

108 (Énfasis fuera de texto). Otros fallos reiteran este *dictum* cuando le recuerdan a los jueces su deber de estar atentos y fallar en el mismo sentido de la doctrina constitucional: así, por ejemplo, la serie de fallos que van de la T- 279/93 a la T-289/93 (M.P. H. Herrera) en los que la Corte batalla por imponer su doctrina en el sentido de exigir el pago inmediato de mesadas pensionales pasadas y presentes. Fenómeno similar ocurre en la sentencia T-306/93 (M.P. H. Herrera).

109 Histórico porque aparece ya en los artículos 4° (“[l]os principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La *doctrina constitucional* es, a su vez, norma para interpretar las leyes”) y 8° (“[c]uando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la *doctrina constitucional* y las reglas generales de derecho”) de la Ley 153 de 1887.

110 Ver al respecto C-113/93 (M.P. J. Arango) y C- 131/93 (A. Martínez).

111 Ver al respecto el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

“doctrina constitucional”. Hacia 1995 comienza una reconstrucción muy completa de los fundamentos jurídicos sobre los que se sostiene el valor normativo de la doctrina constitucional. Restringido el alcance de los textos del Dec. 2067/91, la Corte reconstruye una doctrina fuerte de precedentes, primero, mediante la utilización expansiva del concepto de “doctrina constitucional”<sup>112</sup> y, segundo, mediante la utilización del principio de igualdad (C.P.13)<sup>113</sup>.

Esta línea argumentativa terminará triunfando al interior de la Corte, que finalmente anuncia de manera unánime y en sala plena una doctrina fuerte del precedente en la sentencia C-037/96 con la que desarticula el sentido tradicionalista del artículo 48 de la Ley 270 de 1996. Esta contenía un ataque frontal contra la capacidad interpretativa de la Corte en todos aquellos aspectos que habían generado polémica pública hasta ese momento, en especial, las técnicas de modulación de sentencias y, por supuesto, la doctrina de precedentes. En la sentencia C-037 la Corte defiende sus facultades en relación con ambos aspectos. Es seguro decir que luego de esta sentencia todos los magistrados de esta 2ª Corte empiezan a apoyar la tesis de la obligatoriedad del precedente. Tal línea jurisprudencial es confirmada ulteriormente en la sentencia SU-047/99 y, en general, en la práctica decisional de la Corte.<sup>114</sup>

### C. DESARROLLOS RECIENTES

Es tiempo ahora de examinar los desarrollos recientes alrededor de la doctrina del precedente judicial en Colombia. Una pregunta dirigirá nuestra indagación: desde la posesión de los nuevos magistrados (en el período Febrero/Marzo del 2001) que conforman (lo que podríamos denominar) la tercera Corte, ¿ha habido cambios o desarrollos significativos en la doctrina o en las prácticas del precedente en Colombia?

En respuesta corta puede decirse que la jurisprudencia ha mantenido sus líneas centrales, aunque ahora presenta nuevas e importantes aristas. El gran acontecimiento jurisprudencial reciente en este tema, como ya se anunció, es la expedición de la sentencia C-836/01<sup>115</sup> (Agosto de 2001) en la que la Corte revisa la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 169 de 1896. Esta sentencia es de

112 Ver al respecto la sentencia C-83/95 (M.P. C. Gaviria).

113 Ver al respecto la aclaración de voto a la sentencia sentencia T-123

114 Este análisis resume, aunque con variaciones significativas, la línea jurisprudencia presentada en Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 4ª reimpression, 2003, p. 11 a 50. Una reconstrucción similar se encuentra en la sentencia C-252/01 (M.P. C. Gaviria).

115 M.P. R. Escobar.

la mayor importancia por lo menos por tres razones fundamentales: en primer lugar, porque le permitió a la tercera Corte posicionarse frente a la doctrina del precedente ya que era perfectamente posible que un cambio en la composición de la Corte hubiera afectado el balance constitucional hasta ahora logrado; en segundo lugar, porque le permitió a la Corte pronunciarse sobre la antigua norma que tradicionalmente había controlado el sistema de jurisprudencia imperante en el país; y, en tercer lugar, porque mediante esta sentencia se reabre el tema de la vinculatoriedad, ya no del precedente de la jurisdicción constitucional, sino del precedente de la jurisdicción común.

#### D. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA “DOCTRINA PROBABLE”

Más arriba se sugirió que el desarrollo de la “doctrina constitucional” como precedente vinculante en casos análogos a partir de la interpretación sistemática de la Constitución de 1991<sup>116</sup> podría significar la inconstitucionalidad sobreviviente del régimen tradicional de la “doctrina probable” consagrado en la ley. Este fue precisamente el argumento del demandante ciudadano en el proceso de inconstitucionalidad D-3374. Vale la pena revisar el problema jurídico y social subyacente a los cargos: para el demandante el artículo 4° de la Ley 169 de 1896 autorizaría a la Corte Suprema de Justicia, de un lado, a violar el precedente horizontal y a los jueces inferiores, del otro, a violar el precedente vertical.

De hecho, como vimos en la interpretación centenaria de Antonio José Uribe, el artículo 4° constituía el fundamento legal de un sistema libre de jurisprudencia donde, efectivamente, las sentencias de la Corte de Casación tenían valor meramente persuasivo. En concreto, el demandante hace referencia a un presunto cambio jurisprudencial no suficientemente justificado (un desconocimiento del precedente horizontal) en la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en materia de indexación de salarios y prestaciones laborales. La sentencia C-836/01 hace una reinterpretación del artículo 4° buscando armonizarlo con la comprensión contemporánea del precedente. El artículo 4°, recuérdese, lee así:

“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.”<sup>117</sup>

116 En un argumento complejo que aúna, como hemos visto, los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, más las competencias constitucionales y legales explícitas de unificación jurisprudencial radicadas en cabeza de las Cortes de cierre en el sistema judicial colombiano.

117 Énfasis añadido.

Mientras que para Antonio José Uribe (y con él para la cultura jurídica nacional) el significado del artículo giraba entorno a las palabras “podrán” y “varíe” (subrayadas), para la Corte contemporánea el meollo está en las expresiones “probable” y “erróneas” (en *italicas*). En efecto, para Uribe la expresión “podrán” hacía puramente facultativo para los jueces inferiores el seguir (o no) el precedente vertical; mientras tanto, la palabra “varíe” le permitía a la Corte Suprema cambiar la jurisprudencia de manera más o menos discrecional sin tener que darle mucho peso inercial a la sub-regla jurisprudencial antes fijada (precedente horizontal). Para la Corte Constitucional, en su interpretación contemporánea, el concepto de “doctrina probable” no puede implicar un debilitamiento tan fuerte de la doctrina del precedente. Para la Corte la posibilidad de separarse de la jurisprudencia (horizontal o vertical) es limitada y no absoluta como lo suponía la interpretación tradicional del artículo 4°.

#### E. HACIA UN RÉGIMEN ÚNICO DEL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA

Es importante anotar que estas consideraciones de la Corte Constitucional buscan unificar el tratamiento del valor de la jurisprudencia sin importar la Corte de procedencia: la sentencia C-836/01 busca establecer el principio según el cual la doctrina del precedente judicial (aplicada en la jurisdicción constitucional) es aplicable, exactamente por las mismas razones jurídicas, al tratamiento de la jurisprudencia producida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado. En efecto,

“En la medida en que el Consejo de Estado carecía [en 1896] 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”.<sup>118</sup>

---

118 C-836/01 (*énfasis añadido*).

Este punto es fundamental ya que la Corte Constitucional había tenido algunas vacilaciones sobre el tema. En ocasiones (mayoritarias, debe reconocerse) la Corte Constitucional había dado pasos en el sentido de establecer un régimen único en el tratamiento de la jurisprudencia de las altas Cortes: según esta tesis, toda jurisprudencia de alta Corte adquiriría valor de precedente horizontal y vertical en virtud del principio de igualdad establecido en la Constitución. Según esta lectura, las decisiones de jueces inferiores que desoyeran, sin justificar debidamente, el precedente establecido eran violaciones al principio de igualdad y por tanto pasibles de acción de tutela por ser vías de hecho.<sup>119</sup> En este orden de ideas dijo la Corte Constitucional en 1995:

“Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria, es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad”.<sup>120</sup>

La otra tesis sugería un régimen disperso en el tratamiento de la jurisprudencia de las altas Cortes. Según esta posición, tan sólo la jurisprudencia constitucional tenía fuerza de precedente judicial; la jurisprudencia ordinaria y contencioso administrativa, por sus características especiales, era mera doctrina probable en el entendido tradicional del artículo 4º y ni siquiera era razonable exigir, como acabamos de leer, una carga argumentativa especial en el momento de separarse de la jurisprudencia constante. La desviación o cambio de línea jurisprudencial, según esta concepción, son vistos como meramente discrecional y por tanto la jurisprudencia ya fijada no tiene un peso argumentativo especial que impida u obstaculice el cambio jurisprudencial; ni siquiera resulta obligatorio revelar el sentido de la jurisprudencia existente (carga de transparencia), ni mucho menos discutir las razones del cambio (carga de argumentación). Esta comprensión de la doctrina probable, pues, permite el cambio jurisprudencial oculto y discrecional. Esta opinión fue aisladamente expresada por la Corte Constitucional en

119 Un claro ejemplo de ello puede verse en la sentencia T-123/95 (M.P. E. Cifuentes) en la que un juez de ejecución de penas desconoce jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia en punto de liquidación contractual.

120 T-123/95 (M.P. E. Cifuentes). Énfasis fuera de texto.

una ocasión al referirse a las condiciones en que existe vía de hecho en sentencias judiciales por violación de la jurisprudencia ordinaria:

“Cuando se acusa a determinado funcionario judicial de desconocer el derecho a la igualdad por no fallar en la misma forma casos similares sometidos a su decisión, la competencia del juez de tutela no consiste en analizar y ahondar en los razonamientos expuestos por el funcionario para modificar su criterio, pues ello desconocería el principio de autonomía e independencia que guía la actividad judicial (artículo 228 de la Constitución), y se traduciría en una irrupción arbitraria en el ejercicio de su función. No. La labor del juez de tutela debe concretarse a examinar si, en la providencia que se acusa como transgresora de este derecho, se exponen las razones que justifican el cambio de criterio. Sin embargo, no siempre será necesario que el funcionario expresamente haga alusión a su cambio de criterio, pues de las motivaciones expuestas en la providencia, puede llegar a desprenderse que la diferencia de trato ha sido producto de un cambio de criterio del funcionario, o de la influencia de elementos externos, como, por ejemplo, la existencia de jurisprudencia dictada por órganos jerárquicamente superiores. Es claro que el derecho a la igualdad y el principio de autonomía judicial, en donde los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, encuentran un punto de equilibrio y conciliación, en el deber que tiene el juez de justificar expresa o tácitamente las modificaciones de su criterio. En estos casos, el test de igualdad, en el que se exige que ante un mismo supuesto de hecho (caso similar sometido al conocimiento de un funcionario) se aplique la misma razón de derecho (adoptar la misma decisión que tomó en un caso anterior), encuentra como elemento diferencial, la carga que se impone al juez de motivar las razones de su cambio de criterio.<sup>121</sup>”

En esta misma sentencia, más específicamente, la Corte Constitucional libera a la Corte Suprema de Justicia de seguir su auto-precedente dadas las características especiales del recurso de casación:

“En razón a la naturaleza misma de este recurso [de casación], no es aceptable el cargo de la acción de tutela que ahora se revisa, y, según el cual, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desconoció el derecho a la igualdad, al fallar dos casos iguales en diversa forma, pues, como se ha explicado, la Corte, como tribunal de casación, no resuelve sobre los casos en sí, sino sobre las sentencias dictadas en cada uno de ellos por los respectivos jueces de instancia, a fin de establecer si, al dictar la sentencia, éstos incurrieron en violación directa o indirecta de las normas de derecho sustancial que se dice fueron transgredidas por el fallador de instancia, o si se incurrió por éste en errores in procedendo que, conforme a la ley, autoricen casar la sentencia impugnada.

121 T-321/98 (M.P. A. Beltrán). Es necesario advertir que este mismo párrafo es utilizado para probar, precisamente, que sí hay violación del principio de igualdad en la jurisdicción común en la sentencia T-68/91 (M.P. A. Tafur). Esta interpretación de Tafur sugiere, por tanto, *unidad* en el tratamiento de la jurisprudencia común y la constitucional.

Las sentencias que dictó la Sala de Casación Laboral de la Corte, en distintas fechas, y que se acusan como desconocedoras del derecho a la igualdad, tienen como principal sustento, éste: las diversas interpretaciones que en su momento efectuaron las distintas Salas de Decisión del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, del artículo 129 de la convención colectiva de trabajo vigente en la empresa Alcalis de Colombia S.A., son razonables y en ellas no se evidencia un error ostensible de hecho que hubiere conducido a la violación de las normas sustanciales que se dice por los recurrentes en las demandas de casación, fueron quechrantadas por el fallador.

[...]

Por todo lo anterior, es necesario concluir que el caso en estudio, no puede alegarse la vulneración del derecho a la igualdad por parte del tribunal supremo de la justicia ordinaria, ni por las salas de decisión del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Primero, porque las sentencias que se acusan, exponen claramente las razones por las cuales se han adoptado decisiones diversas, en casos iguales. Segundo, porque en razón de la naturaleza misma del recurso extraordinario de casación, no es válido afirmar que la Sala de Casación Laboral, en casos iguales ha dictado fallos diversos, pues, la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, es competente únicamente para examinar la sentencia impugnada frente a la ley y en relación con los cargos que se le hubieren formulado por el recurrente.”

La sentencia C-836/01 busca, en últimas, dar un tratamiento unificado desde el punto de vista constitucional a toda la jurisprudencia de cierre en desacuerdo con la tesis de la dispersión de regímenes que acabamos de revisar. Para ello, entonces, trata de mostrar que el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 es norma aplicable tanto a la Corte Suprema de Justicia como a las Cortes de cierre que no existían en ese momento histórico (Corte Constitucional y Consejo de Estado) y que, adicionalmente, esta norma puede ser razonablemente interpretada desde la perspectiva de la Constitución de 1991.

#### F. LA INTERPRETACIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA “DOCTRINA PROBABLE” Y DE LAS “DECISIONES ERRÓNEAS”

El primer argumento que propone la Corte Constitucional para actualizar el sentido del artículo 4º de la Ley 169 de 1896 es estrictamente histórico y busca, de hecho, desmentir parcialmente la interpretación de Antonio José Uribe. Para la Corte, el artículo 4º efectivamente suprimió el concepto de “doctrina legal” y la causal explícita de casación por violación de dicha doctrina establecidas en la Ley 105 de 1890. En su reemplazo la Ley 4ª estableció en su artículo 2º que la



casación por “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”. Para la Corte Constitucional, entonces,

“[...] si bien la contradicción de la doctrina legal fue excluida como causal de casación, y se permitió a los jueces inferiores y a la Corte Suprema apartarse de las decisiones de ésta última, las causales de casación por “interpretación errónea” y por “aplicación indebida de la ley” debían entenderse como contradicciones con la interpretación y aplicación hechas por la Corte Suprema de Justicia como juez de casación”<sup>122</sup>.

Esta interpretación de la causal de casación (en la que se continuaba protegiendo el precedente vertical de la Corte Suprema) sólo vino a ser abandonada, según la Corte Constitucional, en el año de 1924<sup>123</sup>. Esto significa que hubo un período prolongado en la jurisprudencia de casación en la que coexistieron pacíficamente la idea de “doctrina probable” y la casabilidad de sentencias por violación de dicha doctrina probable, lo que probaría, entonces, que no se trataba de un sistema de jurisprudencia meramente indicativa o potestativa. Dice al respecto la C. Constitucional:

“El que en el momento de expedición de la Ley 169 de 1896 la contradicción de la doctrina probable fuera considerada una “violación de la ley”, y constituyera causal de casación, pone de presente que, en su sentido originario, el concepto de ley al que hace referencia la norma iba más allá de su acepción en sentido formal, y que interpretarla erróneamente o aplicarla indebidamente al caso concreto era contradecirla. Con todo, posteriormente la Corte Suprema interpretó dicha expresión como una figura optativa para el juez, restringiendo de ese modo la causal de casación por violación de la ley y descartando la contradicción de la jurisprudencia —en las modalidades de interpretación errónea o aplicación indebida de la ley— como causales de casación, o de revisión.”

Habiendo argumentado que el artículo 4° no está históricamente atado a una doctrina de jurisprudencia meramente auxiliar, la Corte pasa a probar que, en todo caso, la norma legal debe ser interpretada bajo la óptica de la Constitución de 1991. Bajo esta premisa, la norma del artículo 4° no es inconstitucional, sino que admite razonablemente una lectura en consonancia con la doctrina contemporánea del precedente. Para lograr esto la Corte muestra que, aún bajo

122 C-836/01, considerando 1.1.

123 Según la Corte Constitucional, sólo fue hasta esa fecha que la Corte Suprema estableció que “la violación a la doctrina probable no da lugar a casación porque la ley no ha tratado la doctrina legal como obligatoria sino como doctrina probable”. CSJ Sentencia de septiembre 26 de 1916, Tomo XXV, p. 461.

el artículo 4º, existe una obligación de respeto relativo del precedente horizontal y vertical en la jurisdicción común.<sup>124</sup> La justificación constitucional de esta posición es múltiple y poderosa y la C. Constitucional la predica directamente de la jurisprudencia de la Corte Suprema:

“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.”<sup>125</sup>

Con este cúmulo de principios constitucionales a la mano, la Corte procede a reinterpretar las palabras “probable” y “erróneas” del artículo 4º. En relación con la primera:

[...] la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado y el sentido de la expresión “probable” que la norma demandada acuña a la doctrina jurisprudencial a partir de la expedición de la Ley 169 de 1896. La palabra probable, que hace alusión a un determinado nivel de certeza empírica respecto de la doctrina, no implica una anulación del sentido normativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

[...]

Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema, muestra por qué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. Aun así, dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mis-

124 Las consideraciones sobre el artículo 4º, advierte la Corte, son aplicables a toda la jurisprudencia emitida tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado: “

125 C-836/01, considerando 5.

mo punto de derecho, se repunte probable. Sin embargo, el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnimoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema.

[...]

Si se aceptara la plena autonomía de los jueces para interpretar y aplicar la ley a partir —únicamente— de su entendimiento individual del texto, se estaría reduciendo la garantía de la igualdad ante la ley a una mera igualdad formal, ignorando del todo que la Constitución consagra —además— las garantías de la igualdad de trato y protección por parte de todas las autoridades del Estado, incluidos los jueces. Por el contrario, una interpretación de la autonomía judicial que resulte armónica con la igualdad frente a la ley y con la igualdad de trato por parte de las autoridades, la concibe como una prerrogativa constitucional que les permite a los jueces realizar la igualdad material mediante la ponderación de un amplio espectro de elementos tanto fácticos como jurídicos.

Sólo mediante la aplicación consistente del ordenamiento jurídico se pueden concretar los derechos subjetivos. Como se dijo anteriormente, la Constitución garantiza la efectividad de los derechos a todas las personas y los jueces en sus decisiones determinan en gran medida su contenido y alcance frente a las diversas situaciones en las que se ven comprometidos. Por lo tanto, una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.<sup>126</sup>

Una reconstrucción similar ocurre, en general, con el concepto de “error” del artículo 4°. Según la interpretación centenaria del régimen libre de jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia tendría amplísima discrecionalidad para variar su doctrina “en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”. Para la Corte Constitucional el concepto de “error” en la doctrina jurisprudencial está severamente limitado:

“Debe entenderse entonces que el error judicial al que hace referencia la norma demandada justifica [...] no constituye una facultad del juez para desechiar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sin un fundamento explícito suficiente.”<sup>127</sup>

---

126 Íbidem. Énfasis fuera de texto.

127 C-836/01, considerando 21.

Ca

- ¿Qué argumentos puede usted resaltar a favor de la utilización de un sistema de precedentes vinculantes?
- ¿Qué dificultades encuentra usted en la adopción de tal sistema?
- Haga las distinciones más importantes entre los siguientes sistemas de manejo de la jurisprudencia: a) sistema libre de jurisprudencia; b) obediencia absoluta al precedente; c) obediencia relativa al precedente.
- ¿Cuál de estos tiene aplicabilidad en Colombia según los argumentos ofrecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-836/01?

# UNIDAD 5

## ORGANIZANDO LA JURISPRUDENCIA CITACIÓN TÉCNICA, ANÁLISIS CITACIONAL Y SENTENCIAS HITO

Og

Mediante el estudio de esta unidad usted estará en capacidad de identificar una sentencia arquimédica, hacer análisis citacional sobre ella y finalmente identificar las sentencias hito o fundamentales que constituyen una línea jurisprudencial.

Oe

- Identificar sentencia arquimédicas.
- Identificar las sentencias hito o fundamentales en las que la Corte anuncia las principales sub-reglas en un tema determinado a partir del análisis citacional de la sentencia arquimédica.
- Realizar el análisis citacional de la sentencia C-836/01, identificar las sentencias hito sobre la vinculatoriedad del precedente en Colombia y definir las exigencias que plantea en Colombia la técnica del precedente.
- Entender y estar en capacidad de utilizar la teoría de los “escenarios constitucionales”.

### I. EL CONCEPTO DE “LÍNEA JURISPRUDENCIAL”

La C-836/01 ofrece una respuesta integral a la cuestión de la obligatoriedad del precedente. Sin embargo, varios de Uds. probablemente tengan distintas ideas sobre este punto. Para algunos, seguramente, la jurisprudencia es altamente vinculante; para otros es meramente indicativa o auxiliar. En mi experiencia con jueces, es usual que ellos citen distintas sentencias para justificar algunos de estas posiciones encontradas. Es muy posible que el analista encuentre sentencias que afirmen distintas proposiciones sobre un mismo punto de derecho. Esto no quiere decir, de otro lado, que la jurisprudencia sea contradictoria ya que las sentencias deben ser leídas en su conjunto, como líneas jurisprudenciales, y no como pronunciamientos jurídicos aislados. Entendida como línea jurisprudencial, es claro que

en Colombia la Corte Constitucional se ha decantado por un sistema relativo de precedentes; en la línea de jurisprudencia se encuentran de todas maneras varias sentencias que afirman un sistema libre no vinculante. Sería un error, sin embargo, decir que esta sea la *doctrina constitucional* vigente al respecto.

La dispersión en el análisis jurisprudencial es también muy apreciable en otros campos, no sólo de derecho constitucional, sino también de derecho común. Una sentencia aislada es suficiente para afirmar que “la Corte dijo...” sin corroborar si se trata de la posición de la doctrina actual, leída dinámicamente en el desarrollo de la línea jurisprudencial.

En la presente unidad se busca presentar una metodología para la elaboración de líneas jurisprudenciales que puede, cuando menos, ofrecer una base común para las discusiones entre jueces. Esta propuesta está basada en mi libro *El derecho de los jueces* de editorial Legis. Para un tratamiento más detallado del tema se remite al lector a la 2ª edición de ese texto.

En Colombia, desafortunadamente, la jurisprudencia es tan voluminosa y el análisis jurisprudencial que hacen sus editores es tan tímido, que la labor de encontrar las sentencias *hito* o *esenciales* puede ser altamente compleja. Los descriptores utilizados para sistematizar la jurisprudencia<sup>128</sup>, por ejemplo, la agrupan en torno a “derechos” y, este sistema es de poca utilidad para el operador jurídico que, sin necesidad de conocer todo la jurisprudencia, la quiere usar con rigor metodológico. El rigor metodológico exige, en primer lugar, que la jurisprudencia sea citada “técnicamente”. A lo largo de esta unidad se hará una distinción entre las formas técnicas y anti-técnicas de utilización de la jurisprudencia.

Por ahora puede decirse que la referencia a los descriptores abstractos de los tesauros (en cualquiera de las altas cortes), por ejemplo, casi siempre invita a leer decenas e incluso centenas de sentencias. Esta labor hercúlea, por supuesto, no es realizable por jueces y abogados con muy serios límites de tiempo. De la misma forma, esta metodología no es capaz de hacer descripciones diacrónicas del desarrollo de la línea jurisprudencial. La metodología de línea de jurisprudencia, en cambio, si ha de tener algún éxito práctico, debe tratar de identificar las sentencias hitos agrupadas en torno a problemas jurídicos bien definidos, es decir basados en analogías fácticas. Eso implica que las líneas no pueden construirse por mera afinidad conceptual, sino que es imprescindible, al mismo tiempo, tener en cuenta la cercanía y relevancia en relación a los patrones fácticos bajo estudio. A continuación examinamos este punto con detenimiento.

---

128 Se trata de los *tesauros* actualmente existentes de organización de la información jurisprudencial.

## II. LA CITACIÓN TÉCNICA Y ANTI-TÉCNICA DE LA JURISPRUDENCIA

### A. CARACTERIZACIÓN PRELIMINAR

Resulta evidente, como acabamos de ver en el análisis detallado de la sentencia C-836/01, que la Corte Constitucional colombiana ha lanzado una invitación a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado para que traten su propia jurisprudencia como precedente vinculante relativo y no como mera jurisprudencia indicativa. Tal invitación se lanza desde una interpretación constitucional de la noción de doctrina probable (artículo 4° de la Ley 169 de 1896) e incluye una nueva manera de ver el valor jurídico y doctrinal de la jurisprudencia: la invitación se hace, pues, a ver la jurisprudencia como repositorio de experiencia basado en la analogía fáctica entre casos previamente decididos y casos nuevos presentados a la decisión de los jueces.

La doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada, con anterioridad, dentro de un cierto patrón fáctico tiene fuerza gravitacional *prima facie* sobre un caso nuevo análogo por sus hechos o circunstancias. El cambio de decisión en casos análogos, por tanto, debe ser excepcional y basado en motivos suficientes y razonables.

Esta disciplina del precedente difiere, en formas muy importantes, de la idea tradicional de jurisprudencia meramente indicativa: en la cual, las citas a casos anteriores tienden a ignorar criterios de analogía fáctica y a concentrarse más bien en la definición de conceptos jurídicos de sentencias anteriores; en consecuencia, cada caso nuevo se decide de conformidad con la ley o con el concepto jurídico anteriormente definido, con baja sensibilidad a la fuerza gravitacional de fallos anteriores análogos por sus hechos y circunstancias. Finalmente, esta concepción de la jurisprudencia permite cambios frecuentes de criterio sin que se defina o discuta la doctrina jurisprudencial fijada en casos análogos. El siguiente cuadro puede ayudar a resumir estas diferencias fundamentales en la concepción del valor de la jurisprudencia:

	<b>Precedente vinculante</b>	<b>Jurisprudencia indicativa</b>
Regla de relevancia	Un precedente es relevante cuando se presenta un caso nuevo análogo por sus hechos y circunstancias.	La jurisprudencia es relevante cuando trata un tema o concepto común al del caso nuevo, sin necesidad de verificar criterios de analogía fáctica entre ambos.
Fuerza vinculante	Tiene fuerza gravitacional que hala la decisión de un caso nuevo análogo por sus hechos y circunstancias.	La jurisprudencia no tiene fuerza gravitacional específica frente la decisión en el nuevo caso. El concepto jurídico utilizado en el caso anterior tiene alguna tendencia a ser utilizado de la misma manera en el caso nuevo
Regla de cambio	Sólo procede cuando resulta razonable desvirtuar la fuerza gravitacional que prima facie tiene el precedente. Ello exige argumentación explícita, transparente y suficiente.	Siendo la jurisprudencia indicativa, la doctrina fijada con anterioridad no tiene peso suficiente como para crear cargas especiales de argumentación al momento de cambio jurisprudencial.

Las Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado tienden a utilizar sus fallos anteriores dentro del modelo de jurisprudencia indicativa y la Corte Constitucional dentro del modelo de precedente vinculante. La utilización del modelo de jurisprudencia indicativa, al mismo tiempo, tiende a privilegiar el papel de la ley en la definición de los casos, mientras que dentro de la doctrina del precedente, con frecuencia, la sub-regla jurisprudencial resulta fundamental en la decisión del caso.

Desde este punto de vista, la Corte Constitucional ha propuesto la tesis, de vastas consecuencias para la cultura jurídica nacional, según la cual el manejo jurisprudencial de todas las jurisdicciones debe acercarse a una noción de “precedente vinculante” por sobre el de mera “jurisprudencia indicativa”. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado son cortes de control de legalidad que se sienten más cómodas aplicando reglas legales y no sub-reglas jurisprudenciales. Esta función constitucional (respaldada por los respectivos imaginarios culturales), ha generado resistencias frente a la idea de que exista un verdadero “derecho jurisprudencial”. Esta resistencia ha llevado a polemizar con la tesis según la cual la Constitución colombiana de 1991 haya realmente establecido *de iure* la disciplina del precedente vinculante. En algunos períodos y en algunos temas específicos<sup>129</sup>,

129 Ver, por ejemplo, Diego López Medina, *Teoría Impura del Derecho*, Legis, 2004, p. 290-325, en las que se discuten la “historia política del poder pretoriano” de la Corte Suprema de Justicia en la década de los 1930’s.



empero, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se han acercado a practicar una doctrina de precedente *de facto*. El Consejo de Estado ha llegado incluso a dar indicaciones que está dispuesto a manejar su jurisprudencia dentro de un régimen de precedente vinculante.<sup>130</sup>

Estos tímidos acercamientos entre las Altas Cortes, sin embargo, no pueden ocultar el hecho que se mantienen sensibilidades muy diferentes en la utilización y manejo de la jurisprudencia. A continuación se presenta evidencia empírica preliminar sobre las diferencias que hay en dicho manejo entre las Cortes.<sup>131</sup> Para ello se ha realizado un estudio de las prácticas de citación de jurisprudencia de las Altas Cortes para intentar mostrar el concepto subyacente a las mismas. En la realización de este estudio empezaremos por hacer una breve tipología de las formas de citación de jurisprudencia que se usan en las Altas Cortes. Luego de confeccionar esta tipología, se procede a examinar una muestra representativa de la jurisprudencia de las tres Altas Cortes nacionales durante el año 2003. Los resultados muestran muy claramente las diferencias notorias que hay en las prácticas jurisprudenciales de las tres corporaciones.

La lectura atenta de jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas permite distinguir distintos tipos de usos de la misma. Los usos de la jurisprudencia son discernibles si se mira con cuidado, entre otros factores, los siguientes: el papel que juegan las citas internas de jurisprudencia en la justificación de la decisión adoptada en un caso nuevo; el número total de citas jurisprudenciales y su relación y peso argumentativo frente a la cita de otras fuentes del derecho en la decisión del caso y el número total de citas externas de jurisprudencia. A continuación se presentan una serie de índices para el año 2003 que permitirán comparar las funciones argumentativas y, por tanto, la disciplina jurisprudencial utilizada por las Altas Cortes colombianas. Para llegar a ello, es imprescindible hacer primero una serie de precisiones conceptuales.

---

130 Así, por ejemplo, en la sentencia del Consejo de Estado, sección 3ª, AC-2219 de febrero 21 de 2002 (C.P. J.M. Carrillo Ballesteros); de la misma forma, en la Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3a, Exp: AC-241 de agosto 9 de 2001, (C.P. Germán Rodríguez).

131 El marco teórico de este ejercicio se encuentra expuesto con mayor amplitud en López Medina Diego y Gordillo Roberto, *Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia*. En Revista de Derecho Público, No. 15 (Dic. 2002), Universidad de los Andes. En este ensayo tan sólo se propuso la elaboración de índices citacionales que mostraran los usos de la jurisprudencia en las distintas Altas Cortes. El presente texto da el primer paso en tal sentido.

## B. TIPOLOGÍA DE CITAS JURISPRUDENCIALES

La clasificación de citas jurisprudenciales que proponemos es la siguiente: de una gama que va de la citación jurisprudencial técnica a la anti-técnica, queremos mostrar que las Cortes, en sus momentos de mayor disciplina y rigor, tan sólo citan precedentes que tienen una relación fáctica estrecha con el caso presente; en segundo lugar, se citan precedentes que tienen relación fáctica “amplia”; en tercer lugar, y en orden decreciente de “tecnicidad” las Cortes citan precedentes que ya no se relacionan por analogía (ni estrecha ni amplia) sino que tan sólo tienen un referente conceptual común; finalmente, en las citas más indisciplinadas y retóricas, las Cortes citan sentencias que no tienen ninguno de los tres tipos de conexiones que se acaban de mencionar. A continuación se explica cada uno de estos tipos de utilización de jurisprudencia y el papel y peso que tienen en la argumentación judicial.

### 1. CITACIONES ANALÓGICAS ESTRECHAS Y AMPLIAS

En una sentencia, una citación fáctica será aquella que cita la *ratio decidendi* o la sub-regla de una sentencia anterior con un vínculo fáctico estrecho o abierto. Por regla general, tal citación dispone del caso, esto es, se trata de un argumento central en el sentido de la definición del mismo. De la misma manera es claro que este tipo de citas se hace cuando existe una noción clara de precedente vinculante: el caso análogo ya fallado tiene clara fuerza gravitacional sobre el nuevo caso. Esta definición se entiende mejor utilizando ejemplos prácticos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y que son de fácil identificación.

Una línea jurisprudencial corta y con patrones fácticos similares es la de los menores con ambigüedad genetal. Las sentencias T-1390 de 2000<sup>132</sup>, T-692 de 1999<sup>133</sup>, T-551 de 1999<sup>134</sup> y SU-337 de 1999 tratan sobre padres que quieren practicarles a sus hijos menores de edad las cirugías de readecuación genetal. La identidad fáctica permitió que las dos sentencias más recientes citaran exclusivamente de sus sentencias gemelas: así, las sentencias T-1390 de 2000 y T-692 de 1999 sólo citan los extractos principales y las sub-reglas correspondientes de las sentencias SU-337 de 1999 y T-551 de 1999, aunque se prefirió centrar la citación en esta última que había resumido los principales aportes de aquella.

---

132 MP Alejandro Martínez Caballero

133 MP Carlos Gaviria Díaz

134 MP Alejandro Martínez Caballero

En estas sentencias, las citas en concreto buscan consolidar los siguientes puntos jurídicos:

(i) La tensión que se presenta entre el principio de beneficencia y el principio de autonomía en estos casos de ambigüedad genital en menores de edad y la prevalencia prima facie del principio de autonomía;

(ii) el consentimiento informado en tratamientos invasivos como los de adecuación de genitales en casos de hermafroditismo, y

(iii) la validez del consentimiento sustituto de los padres en los casos de menores de 5 años o de grave riesgo a la salud del menor hermafrodita.

Sin embargo, en la sentencia fundadora de la línea, la SU-337 de 1999, se hacen citaciones más amplias que en las tres restantes y que responden a una citación fáctica más abierta que cerrada. Esto diferencia una sentencia fundadora de línea de una reiteradora, ya que en la primera, por lo novedoso del tema se permiten (por ausencia de otras) citaciones más amplias; por el contrario, una sentencia reiteradora de jurisprudencia y en la cual la analogía fáctica sea evidente, la cita suficiente y legítima es la de una sentencia que recoja a cabalidad la doctrina constitucional vigente.

En la SU-337 de 1999 la citación por analogía fáctica abierta proviene de la T-411 de 1994, en la cual se tutela el derecho de un adolescente emasculado por un perro cuando era muy niño a decidir su género e identidad sexual. Queda claro que no se trataba de un caso de hermafroditismo, pero a través de una analogía más amplia se puede concluir que en los dos casos se trataba de un mismo asunto: la posibilidad de los menores de decidir su identidad sexual.

En los casos reiterativos de esta línea sólo bastó la citación muy puntual de una sentencia con analogía fáctica estrecha que recogía las reglas y principios suficientes para la decisión del caso presente. Por el contrario, en la sentencia SU-337 de 1999, por ser un caso novedoso, se tuvo la licencia de citar una sentencia que no era idéntica, pero sí muy similar en los hechos.

## 2. CITAS CONCEPTUALES O TEMÁTICAS

Las citaciones conceptuales se diferencian de las fácticas porque en ellas no cuentan las analogías fácticas sino las conexiones temáticas o conceptuales. En este caso no importa que los hechos de la sentencia citada sean similares a los de la sentencia que cita, sino que encaje en un concepto o idea jurídica abstracta que abarque los supuestos de hecho del litigio. “Igualdad”, “vía de hecho”, “tratados internacionales”, “debido proceso” entre otros, son ejemplos de conceptos comunes

en las sentencias de la Corte. En este tipo de citas, la jurisprudencia no resulta, como en el caso anterior, controlante o decisiva. Las Cortes que utilizan mayoritariamente citas conceptuales tienden a poseer una noción de jurisprudencia indicativa y no de precedente vinculante.

Por regla general, los jueces sólo deberían apelar a las citas conceptuales cuando no tengan a disposición una sentencia analógica precedente. En otros casos, numerosos por cierto, aún con la existencia de un caso similar también se citan extractos de jurisprudencia con alguna conexión temática. En un tema tan amplio como “vía de hecho”, no todos los casos decididos bajo este concepto son similares ni con las analogías más descabelladas que se puedan ocurrir. Un proceso de filiación en el cual no se practicó una prueba antropoheredobiológica es una vía de hecho nada parecido a otro en el cual un juez no interpretó las normas laborales a favor de un trabajador tal y como lo exige la Constitución. Son dos casos de vía de hecho pero con circunstancias fácticas muy diferentes. En uno el defecto es de orden probatorio, en el otro, de aplicación de normas. Pero la conexión entre los dos es el concepto creado por la Corte: “vía de hecho”.

Las citas conceptuales no se pueden descalificar en todas las circunstancias; bajo ciertas condiciones son la mejor herramienta con la que cuenta un juez para guiar la resolución de un litigio. En casos novedosos es obvio que el juez no cuenta con sentencias similares por los hechos. ¿Debe entonces partir de cero y desconocer conceptos que puede aplicar al conflicto concreto? No. Sin embargo, no en todos los casos las citas temáticas son necesarias, o, relevantes para la solución final del caso. De otro lado, la utilización de citas temáticas en desconocimiento de casos análogos ya fallados es una de las características típicas del régimen de jurisprudencia meramente indicativo.

### 3. CITACIONES CAÓTICAS O MERAMENTE RETÓRICAS

Por citación caótica se puede entender aquella en la cual abundan los extractos de jurisprudencia sobre muchos temas que no influyen en la resolución final del caso y en los que no existe una conexión analógica o conceptual entre el precedente invocado y el caso sub exámine. Para entender mejor la definición puede ser útil comparar dos sentencias sobre un mismo asunto jurídico y que se diferencian por el número de citas y la pertinencia de las mismas. El asunto es sobre los manuales de convivencia de las instituciones educativas en los que se prohíben comportamientos o circunstancias que chocan con derechos constitucionales, por ejemplo, el libre desarrollo de la personalidad.

El ejemplo de citación caótica que aquí proponemos es la sentencia T-435 de 2002<sup>135</sup> ; por contraste, la sentencia T-276 de 2002 toca el mismo tema con una citación precisa y pertinente donde existen conexiones analógicas fácticas con los precedentes utilizados. Igualmente se pueden comparar estas dos sentencias con la T-037 de 2002<sup>136</sup>. En las tres, de acuerdo con la Corte, se trata de posibles violaciones al libre desarrollo de la personalidad en casos de conflictos entre estudiantes y sus instituciones educativas.

Analicemos primero la sentencia técnica T-276 de 2002. A una estudiante de noveno grado de un colegio de Manizales le cancelaron su matrícula faltando dos meses para terminar su año lectivo a causa de reiteradas violaciones al manual de convivencia. Con la demanda de tutela se pretende que le permitan terminar el grado noveno. Por medio de los hechos expuestos por las partes y el material probatorio recaudado por la Corte, se demuestra que el Colegio aceptó de todas formas que la alumna culminara el grado noveno y por lo tanto, la situación de hecho que produjo la violación o amenaza fue superada y la razón de ser de la tutela perdió su razón de ser. Por tal motivo, la Corte confirma la sentencia de primera instancia que había tutelado los derechos de la estudiante y en una corta reflexión, sólo hace una cita de la sentencia T-589 de 2001<sup>137</sup> acerca del hecho superado.

Una vez se determinen bien los hechos del caso y las pruebas se valoren adecuadamente, se puede llegar a una conclusión rápida. La sala de revisión evitó la retórica y tomó una decisión en menos de 10 páginas. La agilidad tiene estrecha relación con la forma en que la Corte se plantea el problema jurídico desde el inicio. En este caso, de las consideraciones y la decisión se puede deducir que el problema jurídico era sí tenía sentido tutelar un derecho cuando el hecho motivo de la demanda fue superado. En este caso la petente consideraba que se habían violado sus derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad y sin embargo, la corte no hace ninguna reflexión sobre ellos y únicamente analiza el hecho superado.

Otro caso de fácil solución y en cuya sentencia, muy corta por cierto, sólo encontramos dos citas jurisprudenciales es la T-037 de 2002. A un alumno de grado décimo de un colegio técnico industrial le impedían el ingreso a clases de química por tener el cabello largo, en virtud de un impedimento del manual de convivencia que así los disponía por razones de seguridad en las pruebas de

---

135 MP Rodrigo Escobar Gil

136 MP Clara Inés Vargas Hernández

137 MP Álvaro Tafur Galvis

laboratorio. El petente consideraba la prohibición le vulneraba su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte, de entrada, plantea que el caso es prácticamente igual a otros en los cuales ya ha sentado su doctrina constitucional sobre la violación al libre desarrollo de la personalidad por imposición a los alumnos varones de llevar el cabello corto. En este sentido, la Corte cita la sentencia T-1591 de 2000 en la cual se recogía la doctrina constitucional unificada en las sentencias SU-642 y SU-641 de 1998, en el sentido de que los establecimientos educativos pueden establecer en sus manuales de convivencia obligaciones relacionadas con la longitud del cabello y la presentación personal de los alumnos, siempre y cuando no afecten en forma desproporcionada el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de los estudiantes varones. Para estos efectos, la obligación reglamentaria debe ser sometida a un juicio de proporcionalidad con el fin de establecer si la restricción impuesta contrariaba la constitución.

La Corte no efectuó el juicio de proporcionalidad a cabalidad, y sin acudir a ninguna cita, demostró que la restricción de cortarse el cabello para las pruebas de laboratorio por razones de seguridad era desproporcionada, pues la seguridad se lograba si los alumnos se recogían el cabello, tal y como lo hacían las alumnas, a las cuales en ningún momento se les exigía cortarse el cabello por razones de seguridad. Finalmente tutela al alumno y ordena al Colegio que inaplique la restricción consagrada en el manual de convivencia en el sentido de exigirle a los alumnos hombres llevar el cabello corto.

Esta sentencia es valiosa por los siguientes aspectos: de entrada reconoce que los hechos del caso son iguales a muchos otros que ha conocido la corte y que basta citar la doctrina recogida en una sola sentencia reciente. Además, por atendibles razones de economía citacional, la Corte no cita todos los precedentes sino que tan sólo identifica uno en el cual se resume adecuadamente la doctrina constitucional vigente. También considera que es innecesario elaborar el juicio de proporcionalidad indicado en la sentencia SU-642 porque de entrada se advierte que existe una alternativa razonable que no limita el derecho del actor. La alternativa, muy fácil de concluir era la exigencia que se le hacía a las alumnas: recogerse el cabello en las pruebas de química. Utiliza una frase muy apropiada que es: "Sobre tal tema, baste hacer referencia a..." Reconoce que hay muchos casos precedentes pero sólo le basta hacer referencia a uno solo en el cual se reitera la doctrina constitucional sobre el tema.

El examen de la sentencia T-435 de 2000 muestra un uso bastante menos pertinente y técnico de los auto-precedentes. Se trata de un caso tan fácil de decidir como los dos anteriores. En esta tutela, una alumna de 16 años es expulsada de

un colegio por reiteradas violaciones al manual de convivencia (específicamente por asistir a clases en estado de embriaguez, retardos injustificados y consumo de drogas). Se comprueba que el colegio le hizo un seguimiento psicológico y disciplinario especial ante el cual la alumna se mostró reacia y escéptica y que no contó con el apoyo de la madre a pesar de las insistencias del colegio. Todo esto obra en las pruebas descritas en la sentencia. La Corte fácilmente llegó a la conclusión de que la expulsión obedecía a las faltas graves de la alumna y que el colegio había procedido incluso con paciencia. En ningún momento se comprobó que el colegio hubiera expulsado a la alumna por ser lesbiana, tal y como lo afirmaba la alumna. Además, la estudiante afectada acusa al Colegio de inmiscuirse en su vida privada y de discriminarla por su supuesta condición de lesbiana. Por eso alega como violados sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. En esta sentencia se hacen 26 citas jurisprudenciales, casi una por párrafo. Finalmente no se ordena el reintegro de la alumna al colegio.

¿Realmente merecía tanta cita la decisión de no reintegrar a la alumna al Colegio<sup>138</sup>? Pensamos que no. En los tres casos, de acuerdo a las pruebas allegadas a los procesos, se podía llegar a decisiones rápidas y concluyentes. Pero la T-435 exageró:

Esta última sentencia es en general un ejemplo de citación caótica porque: (i) la mayoría de las citas no concuerdan con la decisión adoptada por la Corte en el *decisum* de la sentencia, esto es, no tienen peso jurídico relevante en la decisión del caso; (ii) contiene citas definitivas de cada derecho fundamental que no son necesarias para la solución; (iii) cita hasta dos veces una misma idea o pensamiento sobre un desarrollo jurisprudencial de un derecho particular; (iv) tiene una cita de cita (también llamada cita secundaria o indirecta) que, además de impertinente, demuestra impropiedad a la hora de citar y, finalmente, (v) cita desarrollos retóricos sobre un derecho, como el núcleo esencial, que reitero, en nada contribuyen a la decisión final de caso.

---

138 La Corte sólo tutela los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad porque el colegio aportó como prueba de la dudosa identidad sexual de la estudiante una carta de amor a otra compañera. Sin embargo, recordemos que las causas originales de la expulsión fueron otros comportamientos tipificados en el manual de convivencia. Y este amparo en nada cambió la decisión del no reintegro.

### TRABAJO PERSONAL

Lea con mucho cuidado la sentencia T-471/01. A continuación se narrarán sucintamente algunos de los hechos que dieron origen a algunas de las citas jurisprudenciales que trae la T-471. Comparando los hechos de la sentencia T-471/01 con los resúmenes fácticos que a continuación se presentan, establezca si la citación fue caótica, conceptual, analógica abierta o analógica estricta en cada uno de los casos que se presentan a continuación.

1. Una persona es condenada a prisión después de un fallo de segunda instancia por el delito de concusión. El sindicado, a través de su apoderado solicitó se le concediera el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal de Distrito Judicial. Sin embargo, el Tribunal negó la acción de tutela bajo el entendido que para la fecha de proferirse el fallo estaba vigente una ley que prohibió el ejercicio del recurso de casación contra las sentencias ejecutoriadas de segunda instancia. Según el accionante se le había violado su debido proceso al no observar el principio de favorabilidad en materia penal. La Corte finalmente decidió no conceder la tutela.
  - a. caótica
  - b. conceptual
  - c. analógica abierta
  - d. analógica estrecha
  - e. puede ser a. o d.
2. Se demanda el artículo 443 del CST en lo que se refiere a la suspensión de los contratos de trabajo por el tiempo que dure la huelga. Según el demandante esta restricción limita el goce pleno del derecho de huelga consagrado en la Constitución. La Corte declaró la norma exequible condicionando su interpretación.
  - a. caótica
  - b. conceptual
  - c. analógica abierta
  - d. analógica estrecha
  - e. puede ser a. o b.
3. Un profesor de tiempo completo de un instituto educativo, interpuso acción de tutela contra la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia y el Fondo Educativo Regional de Antioquia, por considerar que el descuento y retención de diecisiete (17) días de salario correspondiente a vacaciones del año 1992 vulnera sus derechos al debido proceso, al trabajo, a la libertad de asociación y al descanso. Afirma que la actuación de la autoridad educativa constituye una sanción impuesta con desconocimiento de sus derechos al debido proceso y a la defensa. Señaló que la decisión arbitraria de las autoridades educativas se originó en el hecho de haber participado en un paro regional que adelantó el magisterio antioqueño en septiembre de 1992, bajo la orientación de la asociación sindical a que se encuentra vincu-



lado (ADIDA), con el objeto de buscar solución a problemas de tipo salarial, prestacional e institucional. Manifiesta que el magisterio y la Secretaría de Educación llegaron finalmente a un acuerdo, comprometiéndose esta última a no imponer sanciones por motivo del cese de actividades. La Corte concedió la acción de tutela.

- a. caótica
  - b. conceptual
  - c. analógica abierta
  - d. analógica estrecha
  - e. puede ser b. o c.
6. En la sentencia que acaba de leer (T-471/01) la Corte Constitucional utilizó una técnica legítima de interpretación jurisprudencial en relación a la sentencia T-420/93. Tal técnica legítima fue:
- a. Distinción entre ratio decidendi y obiter dictum.
  - b. Cambio de jurisprudencia.
  - c. Desobediencia o renuencia frente a un fallo anterior.
  - d. Disanalogía.
  - e. Todas las anteriores.

### III. LAS ALTAS CORTES EN NÚMEROS

El muestreo realizado revisó aleatoriamente el 5% del número total de sentencia emitidas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucionales durante el año 2003. De este muestreo se examinaron cada una de las citas jurisprudenciales contenidas en las sentencias escogidas y se clasificaron según la tipología expuesta en el acápite anterior. Los resultados, aunque preliminares, son muy dicientes:

CUADRO 1  
UTILIZACIÓN DE JURISPRUDENCIA  
COMO FUNDAMENTO DE DECISIONES JUDICIALES

	No. total de citas jurisprudenciales	No. total de sentencias examinadas	No. de sentencias sin ninguna cita jurisprudencial	Porcentaje de sentencias sin ninguna cita jurisprudencial	Promedio de citas jurisprudenciales por sentencia examinada
Corte Constitucional	151	50	5	10% <sup>139</sup>	3,02
Consejo de Estado	34	25	9	36%	1,36
Corte Suprema de Justicia	24	25	14	56%	0,92

CUADRO 2  
UTILIZACIÓN DE FUENTE LEGAL  
COMO FUNDAMENTO DE DECISIONES JUDICIALES

	No. de citas legales	Porcentaje de citas legales comparada con citas jurisprudenciales
Corte Constitucional	30	16,6%
Consejo de Estado	113	77,9%
Corte Suprema de Justicia	86	78,2%

CUADRO 3  
TIPOS DE CITAS JURISPRUDENCIALES  
UTILIZADAS POR LAS ALTAS CORTES (TÉRMINOS ABSOLUTOS)

	No. de citas de analogía cerrada	No. de citas de analogía abierta	No. de citas conceptuales	No. de citas caóticas
Corte Constitucional	24	37	77	13
Consejo de Estado	2	2	21	9
Corte Suprema de Justicia	4	3	10	7

<sup>139</sup> Este porcentaje corresponde en su mayor parte a sentencias en donde la Corte Constitucional rechaza tutelas en virtud de la doctrina de "hechos superados". En tales casos la C.C. cita como norma controlante directa el artículo 86 C.P. o el Dec. 2591/91 sin necesidad de sub-reglas jurisprudenciales.

**CUADRO 4**  
**TIPOS DE CITAS JURISPRUDENCIALES UTILIZADAS**  
**POR LAS ALTAS CORTES (TÉRMINOS RELATIVOS)**

	Porcentaje citas de analogía cerrada	Porcentaje citas de analogía abierta	Porcentaje de citas conceptuales	Porcentaje de citas Caóticas
Corte Constitucional	16%	25%	51% <sup>140</sup>	9%
Consejo de Estado	6%	6%	62%	26% <sup>141</sup>
Corte Suprema de Justicia	17%	13%	42%	29%

**CUADRO 5**  
**ÍNDICE DE CITACIÓN TÉCNICA DE CADA UNA**  
**DE LAS ALTAS CORTES PARA EL AÑO 2003**

	Índice de citación técnica
Corte Constitucional	1,48
Consejo de Estado	0,91
Corte Suprema de Justicia	0,86

140 Este porcentaje tan alto posiblemente se deba al impacto de dos líneas jurisprudenciales específicas que tienen una naturaleza altamente conceptual en la C.C.: de un lado, la jurisprudencia de vías de hecho y, del otro, la jurisprudencia del derecho de petición en las que las citas no buscan casos analógicos sino que se contentan con una clarificación de las obligaciones de la administración en el momento de contestar la petición ciudadana. Estas líneas, a su vez, tienen gran impacto cuantitativo ya que aparecen con mucha frecuencia en las demandas de los ciudadanos y en las revisiones de la C.C.

141 Los porcentajes, como siempre, pueden mentir: recuérdese el viejo ejemplo en el que una persona tiene 2 pesos y otra 0. En promedio, sin embargo, cada una tiene 1 peso. Este dato en particular no muestra una alta proporción de todo el C. de E. a la citas caóticas; muestra la tendencia de un despacho a dicho tipo de citas. La tendencia de la corporación, en su conjunto, es hacia las citas conceptuales.

CUADRO 6  
PORCENTAJE DE CITAS INTERNAS Y EXTERNAS  
UTILIZADOS POR LAS ALTAS CORTES

	Citas internas	Porcentaje	Citas externas	Porcentaje
Corte Constitucional	150	99,3	1 <sup>142</sup>	0,7
Consejo de Estado	13	38,2	21 <sup>141</sup>	61,8
Corte Suprema de Justicia	20	83,3	4	16,7

Los datos muestran algunos patrones interesantes de comportamiento citacional por parte de las Altas Cortes. En los párrafos subsiguientes haremos algunas observaciones generales sobre dichos datos. Los comentarios concretos sobre algunos de los resultados se harán en notas de pié de página.

Resalta en primer lugar la evidente utilización de la jurisprudencia como base central de la fundamentación jurídica en la Corte Constitucional (C.C.). En términos relativos, la utilización de jurisprudencia en la C. C. triplica la de la Corte Suprema de Justicia (C. S. de J.) y duplica la del Consejo de Estado (C. de E.) (ver Cuadro 1). Ello da como resultado una ordenación descendente del número promedio de citas jurisprudenciales por sentencia (cuadro 1). Es igualmente llamativo el alto número de sentencias en los que no se utiliza ninguna referencia jurisprudencial en la C.S.J. y en el C. de E. Tal ocurrencia es significativamente menor en la C.C. (Cuadro 1). A menor uso de la jurisprudencia, de otro lado, hay una utilización más fuerte de la ley como norma controlante en la decisión del caso (cuadro 2).

El cuadro 4 muestra que, en términos relativos, la utilización de citas caóticas es de alrededor de  $\frac{1}{4}$  del total de la muestra en el caso de la C.S.J y del C. de E. Tal proporción es mucho menor en la C.C. Todas las Cortes, sin embargo, parecen tener preferencia por citas conceptuales. El porcentaje alto de la C.C. se explica en parte debido al impacto conceptualizante de la jurisprudencia de “vía de hecho” contra decisiones judiciales en las que no ha sido posible ordenar la jurisprudencia en torno a patrones fácticos y analogías jurisprudenciales. Quizá

142 Es muy llamativo, por supuesto, el ensimismamiento jurisprudencial de la C.C. Esto debería cambiar si la Corte se toma en serio la doctrina del “derecho viviente” en las acciones públicas de inconstitucionalidad. Sobre este tema se habla *infra* en este mismo texto.

143 Casi siempre las citas externas se refieren a la C.C. y rara vez a C.S.J. Todas ellas ocurren en contextos de acciones constitucionales de competencia del C. de E.

esta sea una de las principales debilidades en el desarrollo jurisprudencial de la figura. La utilización de analogías abiertas y cerradas es relativamente más alta en la C.C.; sorpresivamente, sin embargo, es también alta en la C.S.J. Ello, sin embargo, es responsabilidad de unas pocas sentencias en donde las analogías siempre se dan por situaciones procesales y no sustantivas.

El cuadro 5 muestra el “índice de citación técnica” del año 2003 para cada una de las Cortes. Este índice se confeccionó de la siguiente manera: identificando el tipo de cada una de las citas jurisprudenciales, se otorgó 0 puntos a las citas caóticas, 1 punto a las citas conceptuales, 2 puntos a las citas de analogía abierta y 3 puntos a las citas de analogía cerrada. Se calcularon índices para cada una de las sentencias examinadas y se acumularon los totales de cada corporación para el período analizado. El resultado muestra que la C.S.J. y el C. de E. son cortes que hacen uso conceptual de la jurisprudencia previa. La nota del C. de E. y de la C.S.J. (ligeramente inferior a 1) muestran que son ejemplos casi perfectos de cortes conceptualistas en su uso de jurisprudencia. El índice de la C.C. es significativamente superior lo que indica algún mayor uso de analogías y algún menor uso de citas caóticas. Sin embargo, su promedio se mantiene sorprendentemente dentro de terrenos muy tradicionales.

#### TRABAJO PERSONAL

Seleccione aleatoriamente cinco sentencias expedidas por usted como juez. Haga un estudio de las citas jurisprudenciales en ellas contenidas. Calcule, conforme a las instrucciones del párrafo anterior, su “índice de citación técnica” con fundamento en las cinco sentencias estudiadas. Una vez obtenido el índice, realice las siguientes actividades:

- Interprete los resultados a la luz de los conceptos expuestos en el módulo.
- Explique las causas o razones que, según usted, resultan fundamentales para comprender su índice personal.
- Diseñe un pequeño plan de acción que le permita aumentar su índice: para ello requerirá identificar citas jurisprudenciales más técnicas y abandonar citas de naturaleza anti-técnica.

Finalmente el cuadro 6 distingue entre citas internas y externas. Una cita interna es una cita de la propia jurisprudencia; una cita externa es una cita de la jurisprudencia de otra Alta Corte. El cuadro muestra que la Corte Constitucional se cita exclusivamente a sí misma; la C.S.J. se cita predominantemente a sí misma. El C. de E. se revela como una corporación más atenta a la jurisprudencia de la Corte

Constitucional, pero exclusivamente en aquellos fallos en los que decide las acciones constitucionales sobre las que tiene competencia. En sus fallos contencioso-administrativos, empero, predominan las citas jurisprudenciales internas y conceptuales.

Los datos dan una visión cuantitativa que cuadra muy bien con el significado político y jurídico de la sentencia C-836/01. La C.C. está algo más adelante en el proceso de adopción de facto de un régimen de precedente vinculante, mientras que la C.S.J. y el C. de E. mantienen sus prácticas dentro de nociones de jurisprudencia indicativa y conceptual. Una comprensión indicativa y conceptual de la jurisprudencia tiende a ofender con mayor frecuencia la garantía de igualdad de trato. Una comprensión de la jurisprudencia desde el artículo 13 C.P. privilegia la analogía y castiga la utilización conceptual de jurisprudencia. En todo caso, no parece que exista ninguna razón válida para que se den citas caóticas en cualquiera de las jurisdicciones. Los porcentajes de éstas siguen siendo, en todo caso, llamativamente altos. Los datos indican, de otro lado, que los sistemas de disciplina jurisprudencial reciben y continuarán recibiendo enorme presión debido a la dispersión y desobediencia del precedente vinculante por analogía en todas las jurisdicciones.

#### IV. LA SENTENCIA ARQUIMÉDICA

La preparación de líneas jurisprudenciales depende de manera crucial de la comprensión de cómo se realiza un manejo técnico de la jurisprudencia. Una línea jurisprudencial bien elaborada exige que las sentencias sean agrupadas en patrones fácticos analógicos. El tamaño fáctico del grupo depende de la agrupación que haga el intérprete. Grupos formados entorno a las nociones de “debido proceso”, “posesión” o “igualdad” son, sin embargo, excesivamente conceptuales. Desafortunadamente los tesauros se mantienen en este alto nivel de abstracción.

Frente a este vacío, sin embargo, existen algunos pequeños atajos de investigación que han probado ser útiles y que, a falta de mejor método, casi siempre permiten reducir la complejidad del material a analizar mediante la identificación de las sentencias hito (agrupadas por patrones fácticos) en cada línea. Esta metodología comprende tres pasos:

- i) El punto arquimédico de apoyo.
- ii) Ingeniería reversa.
- iii) La telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia.

Los pasos operan de la siguiente manera:

El primer paso es el más difícil: lo llamo el “punto arquimédico” en referencia a la expresión, adjudicada a Arquímedes: “Dadme un punto de apoyo

y moveré el mundo”. Con la jurisprudencia constitucional colombiana pasa algo similar. El punto arquimédico es simplemente una sentencia con la que el investigador tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito fundamental será el de ayudar en la identificación de las “sentencias-hito” (es decir, las fundamentales) de la línea y en su sistematización en un gráfico de línea. El investigador, pues, debe tratar de hallar una primera sentencia que cumpla con los siguientes requisitos:

- que sea lo más reciente posible;
- y que, en sus hechos relevantes, tenga el mismo patrón fáctico (o el más cercano posible, al menos) en relación con el caso que se está investigando.

La sentencia arquimédica, por tanto, debe tener una analogía estrecha con el caso que se estudia. Esta condición significa que la sentencia no debe tratar únicamente del derecho abstracto “al debido proceso”, por ejemplo, sino que los hechos allí discutidos se parezcan lo suficientemente a los hechos materiales o relevantes del caso *sub-examine*. Así, por ejemplo, una sentencia reciente en el que se trate la cuestión de las condiciones necesarias para que una persona sometida a investigación penal cuente con “derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él”, en la etapa de investigación preliminar, será mucho más pertinente que una en la que se examine el principio de reserva penal, así ambos temas genéricamente contenidos en el concepto constitucional de “debido proceso”.

Cómo encontrar esta sentencia arquimédica es cuestión abierta a la recurividad del investigador. El método tradicional consiste en apoyarse en los índices de jurisprudencia preparados, bien sea por la relatoría de la Corte o por diferentes publicaciones privadas. Este método es útil siempre y cuando se conserve en mente la diferencia fundamental que existe entre los descriptores genéricos (“debido proceso”) y los conceptos constitucionales relevantes agrupados en torno a patrones fácticos (“derecho a la defensa en la investigación preliminar”).

Otras veces, el investigador adquiere una pista importante mediante preguntas a colegas bien informados. La información periodística puede ser útil como forma de conocer los hechos claves de sentencias de revisión de tutela. El recurso a la mayor parte de los libros existentes en derecho constitucional es, desafortunadamente, de los métodos menos útiles para este efecto. La mayor parte de la producción doctrinaria en derecho constitucional sigue siendo “conceptualista”, en el sentido de que se preocupa más con los temas abstractos como “debido proceso” o “libertad de conciencia” y menos con los problemas concretos como “representación técnica en la investigación preliminar” u “objeción de conciencia al porte de armas de destrucción masiva”. El segundo tipo de problemas constitucionales son los que preocupan a ciudadanos y jueces; el primero, más genérico, a profesores de derecho constitucional.

**Ca**

Lea con atención el siguiente caso:

El Sr. XY ha sido llamado a incorporarse a filas al ejército nacional. Una vez incorporado, pide su baja alegando que su fe prohíbe perentoriamente el despliegue de la violencia y que, en consecuencia, objeto de conciencia a la prestación del servicio militar en todas sus formas, incluyendo trabajos logísticos o de apoyo ya que éstos, no obstante no obligarlo a ejercer fuerza armada directamente, están de todas formas conectados esencialmente con ese propósito.

Realizando la investigación jurisprudencial usted encuentra que hay una sentencia reciente en la que se desarrolla el tema de "objeción de conciencia". Se trata de la T-26/05<sup>144</sup> que, además, es razonablemente reciente para propósitos del análisis jurisprudencial. Su hipótesis de trabajo, por tanto, es que la T-26/05 puede servir de sentencia arquimédica para la identificación de las sentencias hito de la línea jurisprudencial.

Lea cuidadosamente la sentencia T-26/05 y responda las siguientes preguntas:

- Dado el caso del Sr. XY (que se acaba de proponer), ¿existe analogía abierta o cerrada en relación con los hechos claves decididos en la sentencia T-26/05?
- ¿Contiene la sentencia T-26/05 la doctrina constitucional aplicable al caso del Sr. XY? Justifique su respuesta.
- Si la sentencia T-26/05 no es suficiente por sí misma para encontrar la doctrina aplicable al caso del Sr. XY, ¿cómo buscaría usted sentencias más pertinentes y relevantes para el caso?

El segundo paso metodológico consiste en el estudio de la estructura citacional de la sentencia que se ha adoptado como "arquimédica". Las sentencias de la Corte Constitucional usualmente tienen una adecuada comprensión de cuáles son las "sentencias hito" de una línea. Más aún: una "sentencia hito" es aquella que pertenece al repertorio frecuente de sentencias que la Corte cita en fallos subsiguientes y que proveen la retórica y marco de análisis en el tema concreto que se estudia.

Es igualmente importante notar que la Corte Constitucional ha cambiado de manera muy sensible la forma de citación de sus sentencias: el estilo temprano tendía o a no hacer sentencias (véase, por ejemplo, la T-409/92 y la T-539a/93) o a hacer citaciones de sentencias anteriores donde se formulaba de manera genérica algún principio (véase, por ejemplo, la C-88/94). Esas citas, pues, tenían un propósito predominantemente conceptual o retórico y los patrones fácticos de las sentencias citadas con frecuencia no tenían nada que ver con el caso nuevo.

---

144 M.P. Humberto Sierra Porto.



Con el triunfo de la disciplina de precedentes, las citaciones internas que hace la Corte cada vez más tienden a restringirse a fallos anteriores que sean analogizables por hechos o circunstancias al caso que ahora se decide. Esto significa que la citación interna busca ahora el valor precedencial del fallo anterior y no su valor conceptual. Este cambio en la práctica citacional permite, como es obvio, utilizar las sentencias más recientes como puntos arquimédicos que permitan estructurar la línea jurisprudencial.

Así las cosas y antes de empezar a leer las sentencias a profundidad, el investigador debe hacer una lista de las citaciones jurisprudenciales que la sentencia arquimédica contiene. Con estas nuevas referencias a la mano, el investigador puede ahora replicar el procedimiento hasta que forme un “nicho citacional” lo suficientemente amplio. Regresando a nuestro ejemplo de la T-26/05 puede observarse que esta sentencia cita a su vez otras sentencias de la Corte Constitucional. Estas, a su vez, refieren a jurisprudencia anterior. El diagrama de estas citas, al que denominaremos “nicho citacional”, lucirá de la siguiente manera:

T-036/05						
1er nivel	T-877/99	T-982/01	T-588/98	T-5397/99		T-301/04; C-404/98; T-1083/02
2º nivel	T-101/98		C-511/94	C-27/93	No hay citas	No se hace estudio citacional de estas sentencias
	T-200/95	T-588/98	T-409/92	C-24/94		
	T-75/95	T-476/98	T-363/95			
	T-363/95	C-254/96				
	T-588/98	SU-157/99				
		T-5397/99				
	C-404/98	T-5/98; T-436/00; T1243/00				

# Ca

- Compare los hechos del caso del señor XY con los hechos claves de las sentencias citadas en primer nivel por la T26/95. Conforme a la tipología de citaciones expuesta, anteriormente en este módulo, diga qué clase de relación existe entre ellos (analogía abierta, cerrada, conceptual o meramente retórica).
- Vuelva a considerar si estas sentencias son precedentes en punto al caso del señor XY.

En el nicho citacional de la sentencia T-26/05 ya empiezan a verse algunas regularidades importantes. En primer lugar, la sentencia versa sobre una mujer que pertenece a la Iglesia Adventista y donde se guarda estrictamente el *Sabbath*. Al mismo tiempo la mujer ha iniciado un curso de auxiliar en farmacia en el Sena. Uno de los módulos del curso se llevó a cabo los días sábado, por lo que le fue imposible asistir al mismo. El Sena canceló la matrícula de la estudiante. Esta sentencia, por tanto, versa sobre la objeción de conciencia que tienen miembros de ciertas religiones a la realización de actividades distintas al del culto religioso durante ciertos días. Este patrón fáctico tiene ciertas similitudes, pero también diferencias notorias con el caso del Sr. XY. Si se observa las citas de primer nivel, se encontrará que la sentencia T-982/01 es análoga al caso tratado en la T-26/05 (como lo misma Corte lo acepta). Ambas sentencias, de otro lado, tienen igualmente una analogía bastante estrecha con la sentencia T-539a/93

# Ca

- Considera usted que la Corte Constitucional cambió su doctrina entre la T-539a/93 y la T-26/05.
- Si hubo cambio doctrinal, ¿se produjo éste explícita o implícitamente?
- ¿Cuál es la ratio decidendi de la sentencia T-26/05?

El análisis del nicho citacional muestra, de entrada, que las sentencias C-88/94, T-588/98 y T-539a/93 pueden ser consideradas como “sentencias hitos” dentro de esta línea jurisprudencial. En ellos se discuten los derechos y prerrogativas que tienen ciertos grupos religiosos, fundamentalmente en contextos educativos. Aunque aquí se habla evidentemente de “libertad de conciencia”, es claro que los casos todavía tienen una cierta distancia fáctica con el caso del señor XY. De hecho, para encontrar sentencias directamente analogizables al caso concreto, es necesario observar los hechos planteados en dos sentencias citadas por la T-588/98. En efecto, allí se citan las sentencias C-511/94 y T-409/92 en donde se trata específicamente el caso planteado por el señor XY.

De hecho, si se hace el nicho citacional a partir de la sentencia T-588/98 se encontrará el siguiente resultado:

T-588/98			
1er. nivel	[Redacted]	T-409/92	T-363/95
2do. nivel	T-409/92	No hay citas	T-409/92
	C-395/04		[Redacted]
	T-547/93		T-75/95

**Ca**

- Compare los hechos clave de la sentencia T-588/98 y compárelos con los hechos clave de los casos citados en primer nivel. ¿Qué tipo de cita hizo la Corte en términos de la tipología expuesta en el módulo?
- ¿Cuáles de estas citas considera técnicas y cuáles anti-técnicas? Explique su respuesta.

El procedimiento de formación del nicho citacional podría replicarse en tercer o cuarto niveles, pero para nosotros bastará con este primer paso. La información estructural que se empieza a obtener de aquí ya es de la mayor importancia. El nicho citacional de la T-588/98 muestra, primero, que la sentencia fundacional de la línea es la T-409/92; en segundo lugar que se trata, evidentemente, de la sentencia más citada dentro de esta línea y parece ser, por tanto, que contiene una doctrina constitucional aún vigente. En tercer lugar, el hecho de que la T-409/92, a su vez, no cite demuestra que, en algún sentido, fallo desde un “vacío” jurisprudencial, utilizando mayoritariamente textos constitucionales o legales sin apoyarse en derecho judicial previo.

Como lo corroborará una lectura posterior de la T-409/92 se trata de una sentencia típica del primer período de la jurisprudencia constitucional en el cual el análisis descansa fundamentalmente en textos constitucionales y legales con una muy alta proporción de doctrina extranjera y total ausencia de derecho judicial previo. Frente a esta estructura de fuentes, es muy notable examinar sentencias más recientes, como la T-588/98 donde el proceso se ha invertido pues la mayor

parte de la autoridad se encuentra en sentencias anteriores y se ha reducido de manera dramática la dependencia en los textos constitucionales y legales. De otra parte, la doctrina ha casi desaparecido en la estructura citacional de jurisprudencia más reciente.

La gráfica del nicho citacional de la T-588/98 también empieza a mostrar la extensión del “nicho citacional” ya que son, en conjunto, ocho sentencias las que se citan. La sólo estructura citacional ya empieza a mostrar regularidades evidentes pues algunas de estas sentencias parecen ser citadas sistemáticamente en toda la línea, mientras otras aparecen allí de manera tan sólo episódica. Ello no permite descartar *a priori* el valor precedencial de ninguna de ellas, pero ya muestra, por ejemplo, que las sentencias T-409/92 y la C-511/94 cumplen algún papel estructural importante. Estas dos sentencias, por tanto, ya son firmes candidatos a ocupar el lugar de sentencias hitos dentro de la línea.

Finalmente, en el tercer paso de la metodología propuesta, el investigador analizará este “nicho citacional” que se ha formado mediante el análisis de las sentencias. Para su sorpresa encontrará, generalmente, que la “ingeniería reversa” no conduce a una masa amplísima de sentencias sino que, por el contrario, termina subrayando la existencia (mediante su continua citación en las sentencias investigadas) de unos “puntos nodales” dentro del nicho citacional. De graficarse el nicho citacional, se vería como unos ciertos puntos están frecuentemente citados en un alto número de sentencias. Esta gráfica, por tanto, se parece a una “telaraña” citacional. Estos puntos nodales, que incluso en líneas abundantes y complejas no son muchos, coinciden, para todos los efectos prácticos con las sentencias hito de la línea. Esta metodología, como se ve, reduce la masa decisional, de un material demasiado extenso, a un pequeño número de decisiones en las que se define y da contorno a las sub-reglas.

En el caso concreto de la objeción de conciencia en Colombia y luego del análisis jurisprudencial realizado, las siguientes conclusiones preliminares parecen razonables. Estas conclusiones ya permiten avanzar notablemente en una definición de la doctrina constitucional vigente en el tema:

- Las sentencias hito de la línea, en orden cronológico, son las siguientes: T-26/95 (en confirmación de la T-982/01), la T-588/98, la C-511/94, la C-088/94, la T-539a/93 y la T-409/92.

- Estas siete sentencias, a su vez, ya permiten ver que la libertad de conciencia en Colombia se ha desarrollado en tres “escenarios constitucionales” más o menos diferenciados: en un primer escenario, se ha litigado la libertad de conciencia de personas que son obligadas a trabajar o estudiar, sin alternativa viable, en sus días de guarda (véase, por ejemplo, las sentencias T-26/95,

T-982/01 y T-539a/01); en segundo lugar, pero muy cercano al anterior, se ha litigado la libertad de conciencia de personas que alegan haber sido obligadas a realizar actos que atentan contra su moralidad religiosa<sup>145</sup>, (tales como asistir a homenajes a la bandera —en la sentencia T-877/99- o a realizar bailes indecentes —en la T-588/98-); y, en tercer lugar, están las sentencias en donde la existencia o no en Colombia de un derecho a objetar de conciencia la prestación del servicio militar (en las sentencias T-409/92, C-511/94 y T-363/95).

• La Corte tiene, al día de hoy, respuestas divergentes en estos escenarios constitucionales: tiende a proteger la libertad de conciencia en ambientes educativos, pero favorece los deberes constitucionales del ciudadano frente a la prestación del servicio militar.

## V. LA TEORÍA DE LOS “ESCENARIOS CONSTITUCIONALES”

De las consideraciones anteriores se desprende lo siguiente: detrás de cada derecho fundamental se han venido formando varios “escenarios constitucionales” en los que se precisa el significado de dicho derecho. Un “escenario constitucional” es el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante sub-reglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto<sup>146</sup>. Cada derecho, por tanto, muestra un cierto número de “escenarios constitucionales” en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido. Conocer a profundidad un derecho significa, por tanto, conocer los “escenarios constitucionales” en los que se litiga el derecho y las sub-reglas a las que ha llegado la Corte en cada uno de ellos.

Una teoría general de ese derecho consistirá, por tanto, en la capacidad de ver los elementos comunes a estos diferentes escenarios constitucionales. Así, por ejemplo, el “derecho a la intimidad y al buen nombre” (C.P., art. 15)<sup>147</sup> tiene líneas

145 Obsérvese que en estos casos el asunto no tiene que ver con el respeto a los días de guarda y culto religioso.

146 Cuando hablo de principio, me refiero a la noción técnica del mismo que ofrecen autores como Ronald Dworkin y Robert Alexy.

147 Dice así el artículo 15 de la Constitución colombiana: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

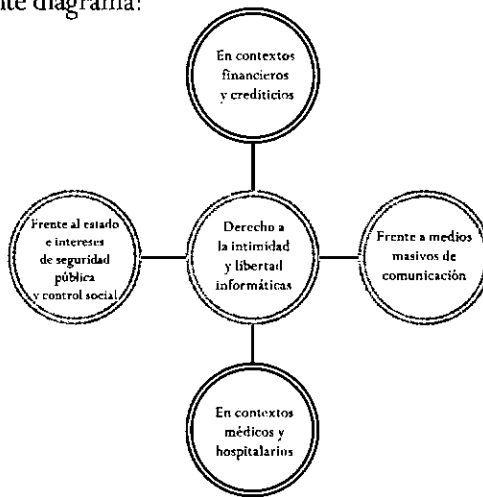
La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado,

jurisprudenciales perfectamente autónomas si se trata (i) de contextos donde la información que afecta al particular ha sido divulgada por medios de prensa;<sup>148</sup> (ii) si se trata de contextos donde la información que afecta al particular tiene contenido crediticio y ha sido divulgada mediante informes provenientes de bancos de datos<sup>149</sup>; (iii) en contextos donde se discute la posibilidad de que el estado intercepte comunicaciones por dentro de marcos institucionales específicos (a través de organismos de seguridad o dentro de cárceles), suspendiendo por tanto la garantías de intimidad e inviolabilidad de comunicaciones<sup>150</sup>; y (iv) finalmente, algunos casos en que se ha presentado conflicto entorno a la reserva que cobija a las historias médicas.<sup>151</sup>

Estas líneas jurisprudenciales, a su vez, podrían ser estrechadas aún de manera significativa si se considerara, por ejemplo, que la Corte ha venido creando sub-reglas especiales para el caso de violación de intimidad por parte de medios escritos de prensa (periódicos) y que dichas sub-reglas varían en alguna manera de las aplicables a otros medios de información electrónicos.

Los distintos escenarios constitucionales, anteriormente referidos, pueden graficarse en el siguiente diagrama:



---

podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.”

Es preciso recordar que este artículo fue fallidamente reformado por el A.L. 2 de 2003 ya que éste fue declarado inconstitucional en la sentencia C-816/2004.

148 La existencia de este “escenario constitucional” se puede comprobar, a manera de ejemplo, en, las sentencias T-611/92, T-332/93, T-239/94, SU-56/95, SU-1723/00, T-36/02 y T-460/05.

149 Algunas de las sentencias relacionadas con este escenario son la T-414/92, T-577/92, SU-82/95, T-86/96, T-384/00, C-687/02, C-154/03 y T-1319/05.

150 Pueden consultarse al respecto las sentencias T-538/92, T-349/93, C-179/94 y T-143/00.

151 Véanse al respecto las sentencias T-161/93, T-413/93, C-411/93, T-158/94, T-650/99 y T-1563/00.

Por las razones que se acaban de exponer es preciso insistir en la correcta formulación del problema jurídico que encabeza la línea: de entrada resulta desaconsejable formular problemas del tipo “¿cómo se ha interpretado la garantía del debido proceso?” Casi siempre estas preguntas serán meramente conceptuales y de una amplitud inmanejable. Es verdaderamente desafortunado que la relatoría oficial que se hace de las sentencias de la Corte todavía utilice en gran medida esta orientación conceptualista de la jurisprudencia. Mucho más adecuado resulta formular problemas jurídicos en los que se mencione algún elemento normativo (bajo la forma de “derecho” o “texto” constitucional) pero vinculado con patrones fácticos que traten de reunir los hechos materiales del caso.

Como se verá más adelante, una adecuada formulación del encabezamiento de la línea contribuye notablemente a la identificación de la *ratio decidendi* de las sentencias. De lo anterior se deduce, por ejemplo, que los siguientes problemas jurídicos estarían inadecuadamente planteados, suponiendo que quisiéramos elaborar una línea de jurisprudencia relativa al derecho al buen nombre en contextos crediticios, tales como:

- ¿En qué consiste el derecho al buen nombre?
- ¿En qué consiste el derecho a la intimidad?
- ¿Cuál es el contenido esencial del derecho al buen nombre?

En este tipo de casos, como se ha dicho, mejor resulta tratar de identificar el patrón fáctico fundamental y relacionarlo con el texto o norma constitucional controlante, tal como se explicita a continuación:

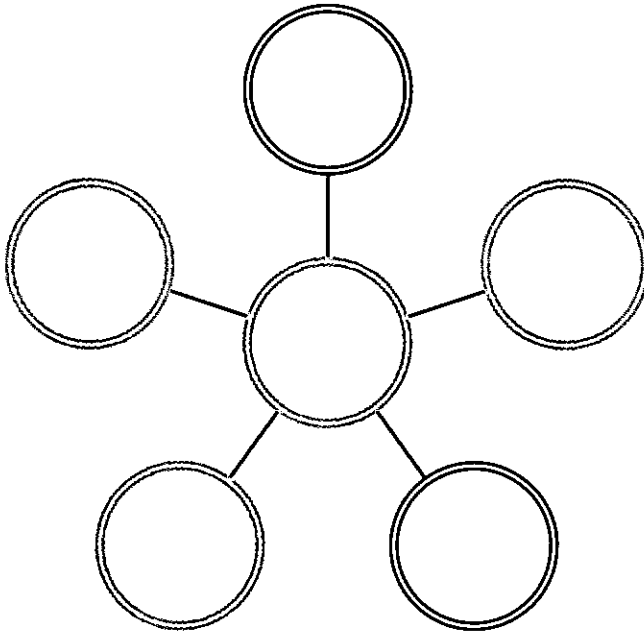
¿Hay violación del derecho al buen nombre (C.P., art. 15) de un deudor cuando existe un reporte en una base de datos crediticia acerca de una obligación a su cargo, vencida, pero judicialmente declarada prescrita?

¿Hay violación del derecho al buen nombre de un deudor cuando existe un reporte en una base de datos crediticia acerca de una obligación a su cargo vencida y con mora de 18 meses, pero ya cancelada hace más de cinco años?

A este segundo conjunto de preguntas es posible dar respuestas constitucionales. Al primero, salvo una exposición muy genérica de garantías constitucionales, no es posible. Es muy indicativo del conceptualismo preponderante en nuestro medio, el hecho de que los profesores de derecho constitucional lo enseñemos como si la materia se tratara de un resumen muy amplio del *primer tipo de preguntas*. Los litigantes, los ciudadanos y la jurisprudencia, sin embargo, están interesados en el segundo tipo de preguntas, así los constitucionalistas no parecamos estarlo.

### TRABAJO PERSONAL

Anteriormente se hizo una descripción de los escenarios constitucionales en los que se ha desarrollado el derecho a la libertad de conciencia (por la vía de la objeción de conciencia). A continuación se presenta un diagrama en blanco para que usted lo llene con los escenarios que fueron propuestos en el texto. ¿Está de acuerdo con esos escenarios? ¿Falta alguno relevante o importante en el caso de la libertad de conciencia, de religión y cultos? Explique su respuesta:



Su

- La identificación de una "sentencia arquimédica" permite realizar un análisis citacional riguroso con el objetivo de identificar las sentencias más importantes dentro de una línea jurisprudencial.
- Los jueces deben evitar la escogencia aleatoria de jurisprudencia.
- Los jueces deben evitar las citas jurisprudenciales meramente retóricas.
- Una adecuada utilización de la analogía es fundamental para la adecuada identificación de sentencias relevantes en un caso concreto.
- Los jueces deben conocer los distintos "escenarios fácticos" en los que se desarrolla un derecho constitucional abstracto para entender tanto las conexiones como las diferencias que hay entre estas líneas jurisprudenciales.



## LA IDENTIFICACIÓN DE SENTENCIAS HITO

## Ejercicios y casos:

- Ya hemos leído y discutido la sentencia C-836/01 suficientemente. Acaba de leer en esta unidad, un ejemplo de cómo tratar de reconstruir un nicho citacional. En grupos, trate de hacer ese mismo ejercicio para el caso de la sentencia C-836/01. ¿Cuáles son las sentencias más utilizadas en el nicho citacional? ¿Puede Ud. identificar las más importantes? Siguiendo los mismos pasos que se acaban de explicar en el ejemplo de objeción de conciencia, trate de identificar las sentencias hito que definen el problema del sistema de fuentes en Colombia. Con los materiales que hayan identificado, trate de formarse una noción *autónoma* e *independiente* del tema de la obligatoriedad del precedente en Colombia. ¿Puede hacerlo? No pase a la siguiente unidad sin haber tratado de entender la interrelación entre las sentencias hito escogidas. ¿Guardan armonía? ¿Cómo explican los cambios que se producen dentro de la línea? ¿Qué precedentes están vigentes? ¿Pueden crear criterios para evaluar la vigencia de un precedente? ¿Quiénes de Uds. estaban basados en un precedente que ahora, luego de un análisis más completo, parece no estar vigente? ¿Por qué?
- Desde el comienzo de la reforma judicial en el país se han introducido normas que exigen la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad. A esta exigencia se le han formulado reparos constitucionales. Identifique las sentencias hito que forman esta línea jurisprudencial. ¿Cuáles son las sub-reglas que ha dado la Corte Constitucional en la materia? De otra manera: ¿Hay violación del derecho al acceso a la justicia cuando se exige conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad? Utilice como sentencia arquimédica la C-1195/01, M.P. M. Cepeda y M. Monroy.

# UNIDAD 6

## FORMACIÓN DE LÍNEAS JURISPRUDENCIALES



Mediante el estudio de esta unidad usted estará en capacidad de formar líneas jurisprudenciales relacionando entre sí las distintas sentencias hito o fundamentales encontrada mediante el análisis citacional de la sentencia arquimédica.



- Comprender la mecánica de elaboración de gráficos de líneas jurisprudenciales.
- Realizar dichos gráficos.
- Identificar el balance constitucional vigente para un tema dado.
- Desestimar sentencias que contengan sub-reglas no vigentes o meramente confirmadoras de principio.

### I. FORMACIÓN DE LÍNEAS JURISPRUDENCIALES

A esta altura del desarrollo del módulo Ud. ya ha identificado las sentencias que parecen ser más relevantes en la resolución del problema jurídico propuesto. Adicionalmente, ya ha intentado ofrecer una teoría sobre cuál es la relación entre las distintas sentencias hito. Hacer una línea jurisprudencial consiste precisamente en el esfuerzo de dar sentido a los diversos pronunciamientos judiciales con el propósito de responder de una manera técnica y correcta el problema jurídico planteado. Espero que ahora tengan una visión más de conjunto sobre un tema constitucional, legal y jurisprudencial más o menos complejo. A continuación lo invito a que lea la reconstrucción que yo hago de las sentencias hito que Ud. ya identificó y que luego compare sus esfuerzos hermenéuticos con los míos. ¿En qué estamos de acuerdo y en qué en desacuerdo?

El primer paso consiste en hacer un “mapa” de los sentencias hito que se han escogido como fundamentales dentro del problema jurídico (con su respectivo patrón fáctico) bajo estudio. Este mapa o gráfico permite relacionar las principales sentencias y graficar, a lo largo del tiempo, la posición que la Corte ha asumido en un tema

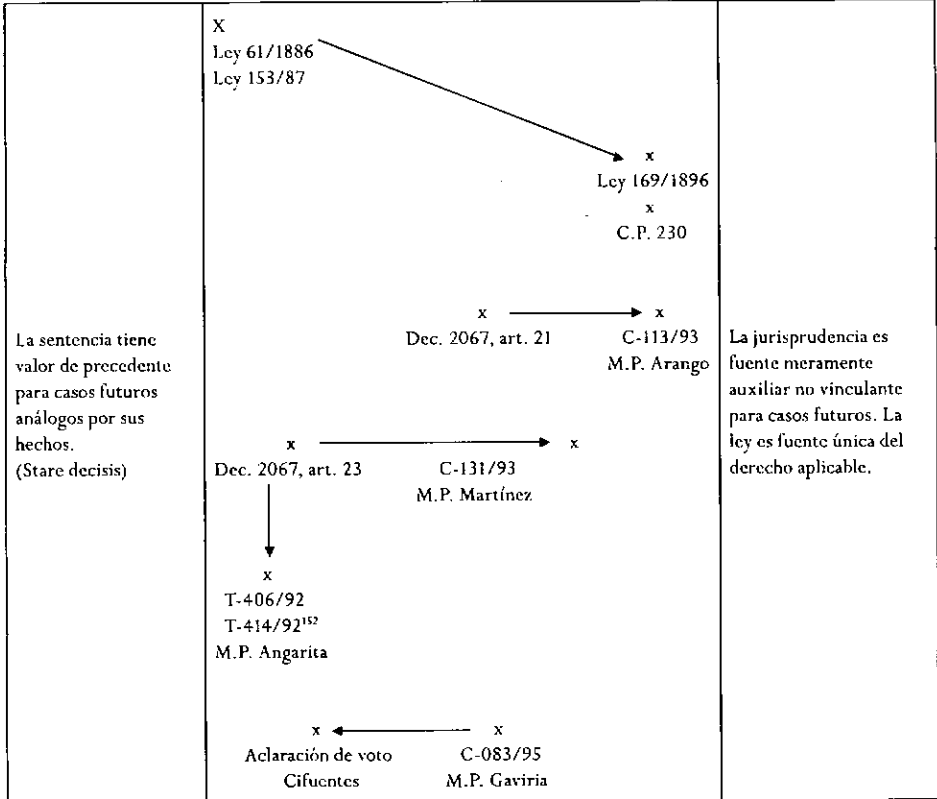
concreto. La gráfica de la línea jurisprudencial debe iniciarse mediante la formulación del problema jurídico. El problema jurídico debe incluir el concepto jurídico fundamental que se examina *dentro de las circunstancias fácticas relevantes*. Una vez que se ha formulado el problema jurídico, el gráfico de línea se abre entre las dos soluciones extremas (y, en ese sentido, antagónicas) que se pueden ofrecer al problema. Entre estos dos polos pueden irse graficando las sentencias hito según se acerquen a una u otra de las respuestas posibles, tal como se ilustra en el siguiente cuadro:

¿CUÁL ES EL NIVEL DE VINCULATORIEDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES (JURISPRUDENCIA) DENTRO DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO EN COLOMBIA?

<p>La sentencia tiene valor de precedente para casos futuros análogos por sus hechos.</p>	<p>Doctrina legal 1887-1896</p> <p style="text-align: right;">Doctrina probable 1896-2001</p> <p style="text-align: center;">Doctrina constitucional 1991-1995</p> <p>Doctrina Constitucional 1995-2004</p> <p>Redefinición de la Doctrina probable 2001-2006</p>	<p>La jurisprudencia es fuente meramente auxiliar no vinculante para casos futuros. La ley es fuente única del derecho aplicable.</p>
---	---	---

Si se leen con cuidado las sentencias hito que Uds. han identificado mediante el análisis citacional de la unidad anterior, se puede notar que la Corte Constitucional le ha dado dos respuestas distintas al problema del valor de la jurisprudencia. En su doctrina más temprana (1992-5) la Corte tuvo fuertes disensos sobre el tema pero al final parece haberse decantado hacia una posición tradicional sobre la auxiliaridad de los fallos judiciales con mero efecto *inter partes*. En el segundo período (1995 en adelante) la Corte parece haber adoptado una posición mucho más fuerte sin haberla variado desde entonces. Es importante mostrar en todo caso que el proceso no es simplemente pendular o contradictorio como lo muestra esta gráfica, sino que hubo un cambio de opinión paulatino, impulsado por hechos y percepciones políticas de la mayor importancia. Así las cosas, el primer período 92-95 podría en general ser graficado de la siguiente manera:

¿CUÁL ES EL NIVEL DE OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE REVISIÓN DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA?



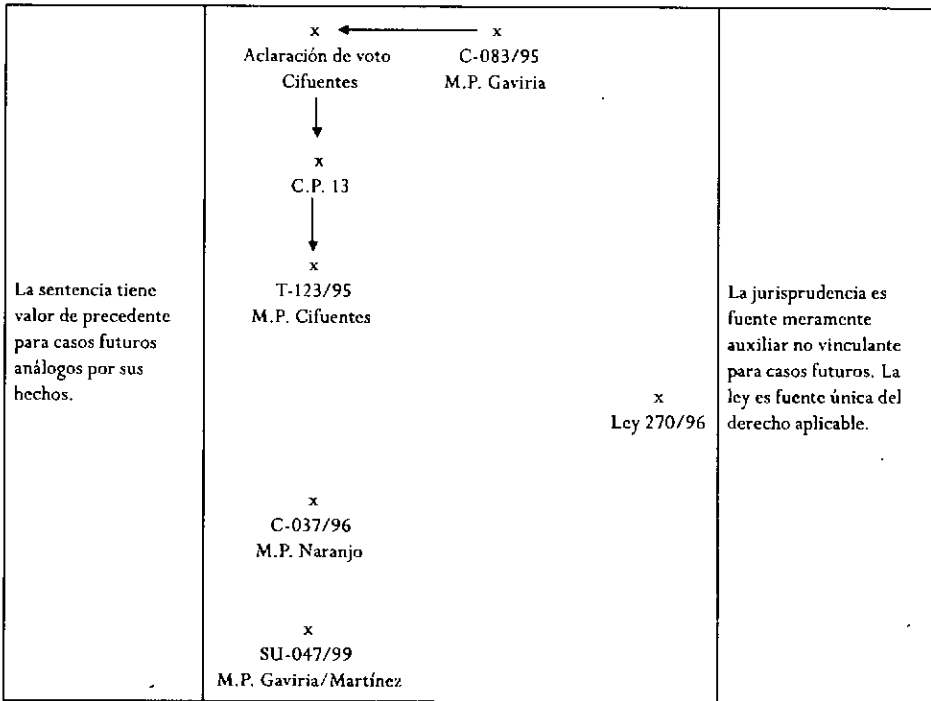
La interpretación de la gráfica supone una narración compleja. Espero que Uds. ya tengan elementos para seguirla a partir de los elementos anteriores que se han presentado en el módulo. La gráfica permite ver que el argumento que arranca en la Ley 153 de 1887, reforzado por el texto tradicionalista del artículo 230 de la Constitución de 1991 y luego confirmado por dos sentencias de constitucionalidad de la Corte tienen suficiente fuerza para hacer prevalecer la tesis clásica sobre el valor auxiliar de la jurisprudencia de tutela. A esta visión se oponen, como ya se ha visto, el ejecutivo nacional, mediante su decreto reglamentario de los procedimientos ante la Corte (Dec. 2067/91) y al menos un magistrado de la Corte (Ciro Angarita), que en sus sentencias de tutela despliega una cláusula decisional donde

152 Estas dos sentencias son ejemplos de la cláusula decisional Angarita.

pretende hacer obligatorio la *ratio decidendi* de sus fallos a casos futuros análogos por sus hechos o circunstancias.

Esta línea de argumentación a favor del valor obligatorio del precedente de tutela es derrotado tempranamente mediante la declaratoria de inexequibilidad del art. 23 del Dec. 2067/91. Este estado de cosas continuará hasta 1995, donde comienza la reacción por parte de algunos de los magistrados (Gaviria y Cifuentes, principalmente). Con ellos se inicia una reconstrucción de la obligatoriedad de la jurisprudencia mediante la utilización del concepto de “doctrina constitucional” y del principio de igualdad (C.P.13). Esta línea argumentativa terminará triunfando al interior de la Corte, que finalmente anuncia de manera unánime una doctrina del valor precedencial del precedente (C-037/96). El segundo período, que va de 1995 en adelante, podría ser graficado así:

¿CUÁL ES EL NIVEL DE OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE REVISIÓN DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA?



La gráfica muestra a primera vista otras características de la línea. Es evidente que a partir de la C-083/95 las interpretaciones empiezan a ser más frecuentes hacia el lado izquierdo de la gráfica, favoreciendo la disciplina de precedentes dentro del derecho colombiano. Es también claro que este tema, antes de 1995, era parte del discurso constitucional de tres magistrados específicos (Angarita, Cifuentes, Gaviria, en ese orden) y que, luego de la expedición de la ley 270/96, la cual contenía un ataque frontal contra la capacidad interpretativa de la Corte, la mayoría de los magistrados pasan a acompañarlos, abandonando la visión más tradicionalista hasta entonces preferida. Después del 96, magistrados de todos los registros teóricos y políticos empiezan a apoyar la tesis de la obligatoriedad del precedente. Finalmente es preciso notar que en 1998 la línea viró levemente hacia la derecha, en la T-321, en la que se exceptuó de la disciplina precedencial a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Nótese que esta variación pequeña registra dentro del balance constitucional (dentro de la sombra decisional) establecida a esta altura y por tanto no es un cambio radical de jurisprudencia. Nótese igualmente que este cambio es pequeño, en parte, por la especificidad del encabezamiento de la línea que pregunta por la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Constitucional. Si el encabezamiento, menos específico, hubiera preguntado por la obligatoriedad de la jurisprudencia en Colombia (incluyendo las sentencias del tribunal de casación), es evidente que la sentencia T-175 hubiera marcado una "x" en un punto mucho más a la derecha del espectro.

Esta formalización mediante gráficas del análisis, finalmente, hace visible otro importante concepto dentro de las técnicas de construcción de líneas de precedentes. En efecto, las gráficas ayudan a hacer visible el hecho que, dentro de la línea, existen *clases* de sentencias. La metodología muestra que existen en Colombia al menos tres tipos de sentencias desde el punto de vista de su importancia estructural dentro de la línea: en primer término están las sentencias *fundadoras de línea*; en segundo lugar, hay sentencias *hito*; finalmente, hay sentencias que meramente *confirman la doctrina*. A continuación se da una breve caracterización de estos tres tipos de sentencias.

Las sentencias *fundadoras de línea* son fallos, usualmente proferidos en el período 91-92, en los que la Corte aprovecha sus primeras sentencias de revisión para hacer hacer enérgicas y muy amplias interpretaciones de derechos constitucionales. Son sentencias usualmente muy pretenciosas en materia doctrinaria y en los 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 una nueva creación política todavía corría tumultuosamente por los circuitos políticos. Con frecuencia desconcertante estas sentencias provienen de la pluma de Ciro Angarita, quien es 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 *obiter dicta* y que, debido a su energía reformista, expresaran balances constitucionales que no tuvieron 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.

Las 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. Las técnicas de variación de la línea jurisprudencial serán discutidas con más detenimiento en el siguiente capítulo.

Finalmente, las 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 los 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.

Su

- Una adecuada identificación de las sentencias hito en un tema concreto permite la formación de una línea jurisprudencial.
- La formación de la línea jurisprudencial es una herramienta invaluable para el juez en la decisión del caso en consideración: por que le da sentido de orientación, posibilidades y restricciones en el análisis de la jurisprudencia.
- La formación de la línea jurisprudencial le permite al juez determinar cuál es la doctrina constitucional vigente, los cambios que ha habido en la misma y las razones y argumentos que han impulsado las variaciones (grandes o pequeñas) al interior de la línea.
- La línea jurisprudencial permite ver, a primera vista, las tendencias y definiciones que sobre un punto de derecho (y dentro de un patrón fáctico) ha adoptado la Corte Constitucional.

PUESTA EN COMÚN:  
VARIACIONES RECIENTES  
EN LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Ejercicios y casos:

- Dese cuenta cómo estamos tratando de construir una línea jurisprudencial. Ud., con toda seguridad, tenía una posición sobre el valor de la jurisprudencia. Ahora estamos tratando que Ud. tenga una opinión, pero fundada en la mayor cantidad posible de información relevante y en una visión estratégica y actualizada de conjunto de la línea jurisprudencial. Espero que a esta altura haya podido examinar las gráficas propuestas, con todo cuidado. Las preguntas que ahora debe debatir y resolver el grupo son las siguientes: ¿Dónde debe graficarse la C-836 de 2001? ¿Introduce cambios significativos a la doctrina constitucional vigente sobre obligatoriedad del precedente? ¿Implica una variación grande o pequeña respecto de los pronunciamientos anteriores?
- La doctrina del precedente implica que los jueces de instancia no pueden simplemente desconocer los casos análogos ya fallados por las altas cortes antes de fallar un nuevo caso. Si así lo hicieran, estarían vulnerando el principio de igualdad de trato tan importante en el estado de derecho. Este deber de advertencia y confrontación de la jurisprudencia no implica, de otra parte, que los jueces no tengan a su vez latitud interpretativa respecto de los precedentes. En la perspectiva teórica de esta sesión, anteriormente, se dijo: “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.” Los jueces, por tanto, parecen estar autorizados a utilizar *técnicas legítimas* de manejo de la jurisprudencia. *Ignorar* o *desconocer* la jurisprudencia no es una técnica legítima. En cambio, la distinción fáctica, la diferenciación entre *ratio* y *obiter*, la declaración judicial de indeter-



minación de la jurisprudencia y, a veces, el mismo cambio jurisprudencial, son técnicas potencialmente adecuadas de interpretación de sentencias. ¿Podría Ud. dar ejemplos de estas técnicas? ¿Puede Ud. tratar de definir las circunstancias en que su uso es apropiado y legítimo?

- Elabore la línea jurisprudencial respecto de los límites constitucionales impuestos a la conciliación prejudicial como requisito de procedimiento, con fundamento en el nicho citacional realizado en los casos del módulo anterior. Recuerde que se trata del nicho elaborado a partir de la sentencia arquimédica C-1195/01, M.P. M. Cepeda E. y M. Monroy C.

### TRABAJO EN GRUPO

En la unidad anterior se estudiaron los “escenarios constitucionales” de la “objeción de conciencia” en Colombia. La objeción de conciencia, en desarrollo de la libertad de conciencia, le permite a los ciudadanos abstenerse de realizar actos que parecen, prima facie, exigidos, cuando éstos entran en conflicto con creencias religiosas personales que forman parte importante de su identidad personal y grupal. En la unidad anterior también se afirmó que la objeción de conciencia se ha desarrollado en tres patrones fácticos básicos (que allí también denominamos “escenarios constitucionales”): en un primer escenario, se ha litigado la libertad de conciencia de personas que son obligadas a trabajar o estudiar, sin alternativa viable, en sus días de guarda (véase, por ejemplo, las sentencias T-26/95, T-982/01 y T-539a/01); en segundo lugar, se ha litigado la libertad de conciencia de personas que alegan haber sido obligadas a realizar actos que atentan contra su moralidad religiosa, (tales como asistir a homenajes a la bandera —en la sentencia T-877/99- o a realizar bailes indecentes —en la T-588/98-); y, en tercer lugar, están las sentencias en donde se examina la existencia o no en Colombia de un derecho a objetar de conciencia la prestación del servicio militar (en las sentencias T-409/92, C-511/94 y T-363/95).

A continuación se le presentan unos formatos en blanco para que, después de estudiar detenidamente las sentencias hito de estos temas, realice las siguientes actividades:

- En cada uno de los gráficos, debe confeccionar el mapa de un escenario constitucional en los que se resuelve la objeción de conciencia en Colombia.
- Plantee para cada gráfico, el problema jurídico concreto que la línea jurisprudencial busca resolver: no olvide que es fundamental identificar el patrón fáctico básico de la línea.
- Identifique los dos polos entre los que puede oscilar la posición de la Corte.
- Identifique las sentencias hito de la correspondiente línea jurisprudencial.
- Grafique la posición de las sentencias hito.
- Enuncie, luego de realizado el ejercicio, el estado de la doctrina constitucional actualmente vigente sobre el tema.

- Identifique los principales cambios jurisprudenciales de la línea (si los ha habido) y recapitule los argumentos que se han presentado para justificarlos.
- ¿Se trata, en su desarrollo, de una línea jurisprudencial pacífica o polémica? Justifique su respuesta.

GRÁFICO 1  
OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN DÍAS DE GUARDA RELIGIOSOS

	Problema jurídico:	
Polo 1:		Polo 2:

GRÁFICO 2  
OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A OTROS ACTOS CONTRARIOS A LA FE

	Problema jurídico:	
Polo 1:		Polo 2:

GRÁFICO 3  
OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR

	Problema jurídico:	
Polo 1:		Polo 2:

# UNIDAD 7

## INTERPRETANDO LAS SENTENCIAS: *RATIO DECIDENDI*, *OBITER DICTUM*, DISANALOGÍA Y CAMBIO DE JURISPRUDENCIA



Mediante el estudio de la presente unidad usted adquirirá capacidades de lectura e interpretación de sentencias, identificando con precisión la sub-regla que ellas contienen y distinguiendo afirmaciones incidentales o no esenciales que allí mismo se encuentren.



- Adquirir capacidades de identificación de la *ratio decidendi* y de *obiter dicta* en fallos judiciales, distinguiendo el diferente valor normativo de los mismos.
- Comprender la discusión que se ha dado en Colombia entre dos métodos alternativos de identificar la *ratio decidendi* de sentencias anteriores.
- Aprender a utilizar las técnicas legítimas de manejo del precedente.
- Evitar la utilización de técnicas ilegítimas de manejo del precedente.

### I. TÉCNICAS LEGÍTIMAS E ILEGÍTIMAS DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

Hemos llegado a la conclusión segura que en Colombia existe una doctrina del precedente en la jurisdicción constitucional. Varios fallos de la Corte desde 1995 así lo confirman: así, por ejemplo, las sentencias T-123/95, C-037/96, SU-047/99 y, finalmente, C-836/01. Sentencias como la T-123/95, T-175/98 y C-836/01 se plantean la cuestión si esta doctrina del precedente también se aplica en la jurisdicción común respecto de las sentencias de las otras altas cortes (Corte Suprema, Consejo de Estado y Consejo Superior dentro de los temas de sus competencias constitucionales).

Establecida de esta manera la doctrina del precedente, la pregunta que es necesario abordar es la siguiente: ¿a qué, en concreto, quedan obligados los jueces en virtud del principio del precedente?

La sentencia T-123/95 responde al respecto:

“La Corte Constitucional repetidamente ha señalado que se vulnera el principio de igualdad si se otorga un trato desigual a quienes se hallan en la misma situación, sin que medie una justificación objetiva y razonable. Se pregunta la Corte si este principio se viola por el juez que resuelve un caso sometido a su consideración de manera distinta a como él mismo lo decidió ante una situación sustancialmente semejante o si se aparta de la jurisprudencia vigente sentada por los órganos jurisdiccionales de superior rango (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura).

En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, siempre que se sujeten al imperio de la ley (CP arts. 230 y 228). De otra parte, la jurisprudencia tiene sólo el carácter de criterio auxiliar.

Es evidente que si el principio de independencia judicial se interpreta de manera absoluta, se termina por restar toda eficacia al principio de igualdad. En la aplicación de la ley, los jueces podrían a su amaño resolver las controversias que se debaten en los procesos. En esta hipótesis no se podría objetar el hecho de que simultáneamente el juez, enfrentado a dos situaciones sustancialmente idénticas, fallase de distinta manera.

Los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica. La interpretación más acorde con la Constitución es la que evita que la escogencia de un principio lleve al sacrificio absoluto de otro de la misma jerarquía. Si en el caso concreto, el juez está normativamente vinculado por los dos principios - igualdad e independencia judicial -, debe existir una forma de llevar los principios, aparentemente contrarios, hasta el punto en que ambos reciban un grado satisfactorio de aplicación y en el que sus exigencias sean mutuamente satisfechas.

La Corte considera que existe un medio para conciliar ambos principios. Si el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho ha seguido en casos sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial. No podrá reprocharse a la sentencia arbitrariedad ni inadvertencia y, por tanto, el juez no habrá efectuado entre los justiciables ningún género de discriminación. De otro lado, el juez continuará gozando de un amplio margen de libertad interpretativa y la jurisprudencia no quedará atada rígidamente al precedente.

Cuando el término de comparación no está dado por los propios precedentes del juez sino por el de otros despachos judiciales, el principio de independencia judicial no necesita ser contrastado con el de igualdad. El juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP art. 230), es enteramente libre e independiente

de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-.083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución.”

Así también la sentencia C-037/96:

“Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la excequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad (T-123/95).”

De aquí se desprende que la doctrina del precedente en Colombia obliga a los jueces a que respeten el precedente tanto horizontal (sus propios fallos) como vertical (los fallos de la jurisprudencia de las Altas Cortes). El principio de independencia judicial, sin embargo, los autoriza a apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las Altas Cortes. Pero el apartarse está severamente condicio-

nado a ofrecer una **justificación suficiente y adecuada** del motivo que los lleva a apartarse del precedente. ¿Qué constituye pues “justificación suficiente y adecuada” por parte del juez de instancia que decide apartarse del precedente? A continuación ofrecemos un listado de los argumentos, primero, que **no** pueden considerarse como “justificación suficiente y adecuada”. A estos los denominaremos **argumentos ilegítimos**. Luego, haremos un listado de los **argumentos legítimos** que un juez puede utilizar y que serían “justificación suficiente y adecuada”, siempre y cuando sean ejecutados de manera sincera y técnica.

ARGUMENTOS ILEGÍTIMOS	ARGUMENTOS LEGÍTIMOS
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ignorancia o desconocimiento de la jurisprudencia</li> <li>• Desobediencia o renuencia frente a la jurisprudencia</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Disanalogía</li> <li>• Distinción entre Ratio Decidendi y Obiter Dictum</li> <li>• Indeterminación de la jurisprudencia previa</li> <li>• Cambio de jurisprudencia</li> </ul>

## II. ARGUMENTOS ILEGÍTIMOS

Sobra decir, en primer lugar, que la ignorancia o desconocimiento de la jurisprudencia no pueden ser argumentos legítimos para apartarse de la misma. Los jueces deben conocer y discutir la doctrina constitucional vigente como mínimo necesario para poder apartarse de ella. Un porcentaje inmensamente mayoritario de las sentencias que se revocan en Colombia en revisión tiene como causal el desconocimiento de las sub-reglas constitucionales asentadas por la Corte. Los jueces justifican con frecuencia ese desconocimiento en el tamaño de la jurisprudencia existente.

La metodología de investigación resumida arriba tiene como propósito permitirles a los jueces identificar las sentencias hito de las líneas jurisprudenciales que estén estudiando sin que sea necesario dedicar excesivas horas al asunto. La metodología tiene la ventaja que ofrece una manera de conocer, en efecto, la doctrina constitucional vigente. Los jueces creen, sin embargo, que esto no es posible y su resistencia a la existencia del precedente se desprende, quizá entendiblemente, de esta aparente imposibilidad de llegar a conocer las sub-reglas de manera más o menos sistemática.

Pero, como espero haberlo demostrado con los anteriores planteamientos, uno no tiene que permanecer necesariamente perdido o desorientado en la masa de la jurisprudencia constitucional; con un poco de paciencia y perseverancia es posible

llegar a identificar sentencias hito y a formar líneas jurisprudenciales. Hecho esto, el juez al menos tiene ya la posibilidad de plantearse el problema sobre seguir o no la doctrina constitucional. Antes, el desconocimiento de dicha doctrina, era un problema inexistente. La ignorancia de las sub-reglas de la doctrina constitucional es, pues, un argumento ilegítimo en el derecho colombiano.

El segundo argumento ilegítimo es este: El juez ha identificado la doctrina constitucional vigente, reconoce que tiene *sub júdice* un caso análogo en sus hechos y circunstancias por el superior o por él mismo y decide, sin más, inaplicar las reglas jurisprudenciales. Así, el juez se está poniendo en posición de renuencia o desobediencia ante las sub-reglas. Este es, evidentemente, un recurso ilegítimo y potencialmente compromete la responsabilidad del juez de manera más clara que lo que lo haría la mera ignorancia del precedente.

### III. ARGUMENTOS LEGÍTIMOS: OBEDIENCIA AL PRECEDENTE

Descartados los argumentos ilegítimos, el juez debe, por regla general, aplicar la sub-regla constitucional al caso análogo que le haya sido presentado. El primer paso en este proceso es, evidentemente, identificar de manera técnica la doctrina constitucional vigente dentro de la línea de precedentes. Luego que esta identificación ha sido hecha, el juez posee, en todo caso, la posibilidad de apartarse de dicho precedente siempre que ofrezca justificación suficiente y adecuada. A este tipo de justificación lo hemos denominado “argumentos legítimos”. El uso de estos argumentos debe ser muy cuidadoso y sincero, por parte del juez. Se trata, adicionalmente, de recursos argumentativos excepcionales porque, se insiste, la confianza social radica en que la aplicación del derecho sea uniforme y predecible.

Los principales argumentos legítimos que sirven como justificación suficiente y adecuada para inaplicar un precedente son:

### IV. ARGUMENTOS LEGÍTIMOS: LA DISANALOGÍA ENTRE CASO NUEVO Y PRECEDENTE APARENTEMENTE APLICABLE

El primero y más importante es el argumento de disanalogía: los precedentes deben ser aplicados de manera general a aquellos casos futuros análogos por sus hechos que los jueces deban resolver. Si el caso futuro, por algún hecho clave o determinante, no es analogizable al caso anterior, el juez puede inaplicar el precedente y aplicar otro, si respeta mejor la analogía y siempre y cuando la doctrina allí contenida pueda considerarse vigente; si parece ser que ningún precedente es analogizable al caso nuevo, el juez no tiene sub-reglas constitucionales aplicables y

puede, por tanto, hacer una interpretación directa de los textos constitucionales sin tener que tomar en cuenta la fuerza gravitacional de la jurisprudencia (puesto que no existe sobre ese punto). Este fenómeno, sin embargo, es ya raro al día de hoy y se hará aún más raro en la medida en que la jurisprudencia vaya cubriendo nuevos sectores de la realidad social que no haya examinado con anterioridad. En estos casos, cuando existan, el esfuerzo y la seriedad del juez deben ser máximos porque se trata de un caso novel que seguramente está abriendo camino en algún aspecto del derecho constitucional colombiano. En este caso el juez está operando funcionalmente como Alta Corte y su sentencia tiene gran importancia jurídica. La sentencia debe ser correspondiente a esta situación.

Es fundamental anotar en todo caso que el juez debe demostrar claramente por qué considera que hay disanalogía respecto de los precedentes constitucionales o, aún más, por qué piensa que hay un vacío jurisprudencial que le impida recurrir a los sub-reglas. Estos argumentos deben ser sinceros. Una declaración meramente estratégica de disanalogía con el propósito real de desobedecer el precedente compromete la responsabilidad del juez.

## V. ARGUMENTOS LEGÍTIMOS: *RATIO DECIDENDI* Y *OBITER DICTUM*

### A. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

El segundo argumento legítimo es la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. Esta distinción, propia del análisis de precedentes que se hace en el ámbito cultural anglo-americano, empezó a ser utilizada por la Corte Constitucional en el año 1999. Su uso ha ganado enorme extensión en los últimos años. El punto central consiste en lo siguiente: los jueces están obligados a seguir los precedentes válidos en casos nuevos análogos por sus hechos o circunstancias. Las sentencias, sin embargo, no se contentan con enunciar “reglas”, sino que realizan argumentaciones (a veces largas y complejas) con las cuales construyen la plausibilidad de la “regla” judicial de la cual depende la resolución del caso. Esta “sub-regla judicial” (como la llama con frecuencia la propia Corte) tiene que ser “extraída” de los argumentos de la sentencia. La “sub-regla” con frecuencia está claramente expuesta en los considerandos, pero, a veces, tiene que ser a su vez “extraída” o “reconstruida” de sentencias más complejas. Esto significa que las sentencias, lo mismo que las leyes, tienen que ser interpretadas. Luego de este proceso, el intérprete es capaz de exponer la “sub-regla judicial” que resulta indispensable para la decisión del caso resuelto en el precedente. A esta “sub-regla” (y a los argumentos



de los cuales depende más directamente) se le denomina “*ratio decidendi*” del caso. Los jueces, por tanto, le deben obediencia a la *ratio decidendi* de precedentes donde se establezca la doctrina constitucional vigente.

Luego de esta breve caracterización, conviene ahora repasar cómo la Corte Constitucional explicó originalmente la distinción entre *ratio* y *obiter* en la sentencia SU-047/99:

**“[...] Ratio decidendi, alcance del respeto al precedente y cosa juzgada constitucional implícita.**

48- Para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente, resulta indispensable distinguir entre los diversos aspectos de una decisión judicial. Así, siguiendo en parte la terminología de los sistemas del *Common Law*, que es en donde más fuerza tiene la regla del “*stare decisis*”, y en donde por ende más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo, es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, llamada a veces “*decisum*”, la “*ratio decidendi*” (razón de la decisión) y los “*obiter dicta*” (dichos al pasar).

Estos conceptos son formulados de distinta manera y con lenguajes diversos por los autores, lo cual ha generado a veces agudas discusiones conceptuales. Sin embargo, su sentido esencial es relativamente claro: Así, el *decisum* es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. En cambio constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.

Ahora bien, estos diversos componentes de una sentencia tienen distinta obligatoriedad en el *Common Law*. Así, el *decisum*, una vez que la providencia está en firme, hace tránsito a cosa juzgada y obliga a los partícipes en el proceso. Sin embargo, y contrariamente a lo que a veces se piensa, esta parte resolutive no constituye en sí misma el precedente, ni vincula a los otros jueces, por la sencilla razón de que a éstos no corresponde decidir ese problema específico sino otros casos, que pueden ser similares, pero jamás idénticos. Por ello, en el sistema del *Common Law* es claro que el precedente vinculante es la *ratio decidendi* del caso, ya que ese principio abstracto, que fue la base necesaria de la decisión, es el que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares. Así lo señaló con claridad en Inglaterra Lord Jessel, en el caso *Osborne v Rwllet* de 1880, en donde precisó que “la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base a la decisión”. Finalmente, los *obiter dicta* tienen una fuerza persuasiva, que puede ser mayor o menor según el prestigio y jerarquía del

tribunal, pero no son vinculantes; un dictum constituye entonces, en principio, un criterio auxiliar pero no obligatorio para los otros jueces.

49- Estos diversos efectos no son caprichosos sino que derivan naturalmente de ciertas características del derecho. Así, en la medida en que el sistema judicial pretende resolver definitivamente los conflictos que se le plantean, es natural que el *decisum* obligue a las partes en el litigio, con fuerza de cosa juzgada, pues de no ser así, el derecho no cumpliría su función básica de pacificación social. Sin embargo, por obvias razones de debido proceso, en principio, esa decisión sólo vincula a quienes participaron en la controversia judicial, salvo algunas excepciones, como los casos de acciones colectivas o cuando el ordenamiento confiere efectos *erga omnes* a determinadas sentencias, tal y como sucede con los procesos de control constitucional en nuestro país.

Un poco más compleja, pero particularmente importante, es la explicación de por qué únicamente la *ratio decidendi* constituye doctrina vinculante para los otros jueces, mientras que los dicta, incluso de los tribunales máximos, tienen una simple fuerza persuasiva.

50- Para entender el fundamento de esa diferencia es necesario tener en cuenta que, como ya se indicó, el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional, y es la siguiente: los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios *ad-hoc*, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Y es que no puede ser de otra forma, pues de los jueces se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamento en las prescripciones del ordenamiento. El juez debe entonces 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.

Esta exigencia de universalidad de la argumentación jurídica es tan importante, que muchos teóricos contemporáneos hacen de ella el requisito mínimo de racionalidad que debe tener una decisión judicial en una sociedad democrática. Así, y por no citar sino a algunos de los doctrinantes más conspicuos sobre este tema, tal es la base de la conocida tesis de Wechsler, según la cual los jueces deben decidir sus casos con base en “principios neutrales y generales”; igualmente allí radica la importancia conferida por Perelman y McCormick al respeto que deben tener los jueces por el principio de justicia formal, que obliga a decidir de manera igual los casos iguales. O también, ésta es la base de la tesis de Alexy según la cual toda decisión judicial debe estar fundada al menos en una norma universal.

Por ende, la existencia de una *ratio decidendi* en una sentencia resulta de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces -funcionarios no electos- de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas.

51- Conforme a lo anterior, es también natural que únicamente la *ratio decidendi*

tenga efectos vinculantes sobre otros jueces y adquiera la obligatoriedad de un precedente. En efecto, en general, los jueces no son electos democráticamente, ni tienen como función básica formular libremente reglas generales. A ellos les corresponde exclusivamente resolver los casos que les son planteados por las partes; es lo que algunos autores denominan la "virtud pasiva" de la jurisdicción, para hacer referencia al hecho de que los jueces no tienen la facultad de poner en marcha autónomamente el aparato judicial ya que sólo actúan a petición de parte, y no por voluntad propia, y su intervención está destinada a resolver los casos planteados. Esto explica que desde prácticamente el inicio de sus actividades la Corte Suprema de los Estados Unidos se haya abstenido de formular consejos y recomendaciones, ya que su función es estrictamente resolver casos; igualmente, por la misma razón, esta Corte Constitucional ha precisado que cuando una norma ha sido acusada, pero no se encuentra vigente, ni produce efectos, el pronunciamiento de esta Corporación debe ser, en general, inhibitorio, por carencia actual de objeto.

Esta cualidad pasiva de la jurisdicción es esencial para preservar el principio democrático y la separación de poderes. Así, inevitablemente los jueces, al decidir casos, crean en ocasiones derecho, puesto que precisan el alcance de las reglas jurídicas existentes, o llenan vacíos y resuelven contradicciones del ordenamiento. Sin embargo, para que esa producción incidental e intersticial de derecho por parte de los jueces no sea riesgosa para la democracia, es necesario que ella ocurra exclusivamente en el ámbito de la resolución de casos, pues si se permite que ésta se desarrolle desvinculada de litigios judiciales concretos, entonces claramente la rama judicial invadiría las órbitas de actuación de los otros órganos del Estado, y en particular del Legislador, en detrimento del principio democrático. Por ello, únicamente el principio general que sirvió de sustento directo para resolver el caso, esto es la *ratio decidendi*, puede aspirar a convertirse en precedente vinculante, mientras que las otras opiniones incidentales, al no estar inescindiblemente ligadas al asunto planteado al juez, a lo sumo tienen un valor pedagógico y persuasivo.

52- El anterior análisis justifica no sólo por qué únicamente la *ratio decidendi* es vinculante como precedente sino que además lleva a una conclusión ineludible: 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. Esto es obvio, pues si se permite que el propio juez, al resolver un caso de una manera, invoque como *ratio decidendi* cualquier principio, entonces desaparecen la virtud pasiva de la jurisdicción y la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir.

Por ello, 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 aquélla que es aprobada por los jueces posteriores".

Este fenómeno explica entonces ciertas técnicas inevitables que modulan la

fuerza vinculante de los precedentes: así, en algunos eventos, el juez posterior “distingue” (*distinguishing*) a fin de mostrar que el nuevo caso es diferente del anterior, por lo cual el precedente mantiene su fuerza vinculante, aunque no es aplicable a ciertas situaciones, similares pero relevantemente distintas, frente a las cuales entra a operar la nueva jurisprudencia. En otros casos, el tribunal posterior concluye que si bien en apariencia, la *ratio decidendi* del caso anterior parece aplicarse a la nueva situación, en realidad ésta fue formulada de manera muy amplia en el precedente, por lo cual es necesario concluir que algunos de sus apartes constituyen una opinión incidental, que no se encontraba directamente relacionada a la decisión del asunto. El tribunal precisa entonces la fuerza vinculante del precedente, ya que restringe (*narrowing*) su alcance. En otras situaciones, la actuación del juez ulterior es contraria y amplía el alcance de una *ratio decidendi* que había sido entendida de manera más restringida. En otras ocasiones, el tribunal concluye que una misma situación se encuentra gobernada por precedentes encontrados, por lo cual resulta necesario determinar cuál es la doctrina vinculante en la materia. O, a veces, puede llegar a concluir que un caso resuelto anteriormente no puede tener la autoridad de un precedente por cuanto carece verdaderamente de una *ratio decidendi* clara.

53- La Corte Constitucional considera que el anterior análisis, si bien es tomado en alguna medida del derecho privado y de los sistemas del *Common Law*, es no sólo pertinente y esclarecedor para la discusión sobre el alcance de la cosa juzgada constitucional sino que, además, armoniza con los criterios que esta Corporación ya ha adelantado en varias oportunidades.

Así, en primer término, al analizar el alcance de la cosa juzgada constitucional, esta Corte ha distinguido, con otras palabras, entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Dijo entonces esta Corporación:

“¿Que parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?”

La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

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*.

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son

también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.<sup>153</sup>

La anterior referencia muestra que esta Corte ha señalado que una sentencia tiene las mismas partes mencionadas anteriormente, y que cada una de ellas tiene un efecto obligatorio específico, tal y como señaló en los fundamentos anteriores de la presente providencia. Así, explícitamente la Corte señala que las motivaciones incidentales son un mero dictum, que no es obligatorio sino persuasivo; la parte resolutive o *decisum* hace tránsito a cosa juzgada, con la particularidad de que en los juicios de constitucionalidad de las leyes tiene efecto *erga omnes*; y, finalmente, la cosa juzgada implícita equivale a la *ratio decidendi*, razón por la cual esta Corporación le ha reconocido efectos vinculantes. Estas distinciones y criterios han sido reiterados por la Corte en decisiones posteriores, en especial en la sentencia C-037 de 1996, en donde esta Corporación precisó:

“Sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte 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 segundo término, en varios casos, esta Corte ha aplicado las anteriores distinciones, con el fin de mostrar que una aparente variación de una doctrina constitucional sentada en una decisión anterior, en realidad no tenía tal carácter, sino que constituía la mera corrección de una opinión incidental de la parte motiva. Así, al reexaminar el alcance del delito de enriquecimiento ilícito en la sentencia C-319 de 1996, esta Corporación explícitamente se apartó de los criterios que había adelantado sobre ese delito en una decisión anterior (sentencia C-127 de 1993), en donde había sostenido que para que una persona pudiera ser condenada por ese hecho punible, las actividades delictivas de donde derivaba el incremento patrimonial debían estar judicialmente declaradas. Sin embargo, la Corte invocó las anteriores decisiones y concluyó que no había cambio de jurisprudencia, por cuanto esas consideraciones no eran vinculantes, al no estar indisolublemente ligadas a la decisión de exequibilidad.”

---

153 Sentencia C-131 de 1993. MP Alejandro Martínez Caballero.

En controversias que la Corte Constitucional ha sostenido posteriormente sobre el alcance de sus sentencias la Corte ha insistido, primero, que en Colombia existe doctrina de precedente (via analogía) y segundo que la sub-regla constitucional debe ser identificada en la *ratio decidendi* del fallo. Así, en la SU-047/99 la Corte Constitucional sostuvo:

“El Consejo de Estado justificaba su negativa a seguir la interpretación de la Corte Constitucional con la afirmación de que de esta última Corporación solamente obligaban sus decisiones, mas no la doctrina que exponía en la parte motiva de sus sentencias, salvo en el caso de las sentencias condicionadas. Su fallo se remitía a las consideraciones que sobre el particular se habían formulado en la sentencia del 25 de noviembre de 1997, dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Mario Alario Méndez.

La Corte Constitucional rechazó la posición asumida por el Consejo de Estado. Al respecto manifestó que, dada su calidad de intérprete auténtica de la Constitución y de organismo encargado de actualizar la voluntad del constituyente, de sus decisiones obligaban tanto la parte resolutive como la *ratio decidendi* del fallo, es decir las fracciones de la parte motiva que estuvieran en íntima relación con la parte resolutive de la providencia.”

## B. MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN DE LA *RATIO DECIDENDI*

Una recapitulación de lo ganado hasta ahora resulta necesaria: hemos visto cómo en Colombia se ha desarrollado una disciplina *relativa* de respeto al precedente judicial. Esta disciplina es *relativa* porque se opone a otras dos formas de ver el valor de la jurisprudencia: se opone, de un lado, al “sistema libre” propugnado tradicionalmente en el país y resultado de la aclimatación en Colombia de una cierta comprensión del sistema jurídico francés del siglo XIX; se opone, de otro lado, a una disciplina *absoluta* del precedente en que los jueces quedan rígidamente atados a las decisiones del pasado sin mayor espacio para separarse de las mismas. En Colombia, en cambio, hemos visto que los jueces tienen un deber *prima facie* de respeto al precedente; este deber *prima facie* puede ser vencido cuando los jueces propongan *argumentos suficientes y razonables* para apartarse del mismo. Esta potestad incluye la posibilidad de que los jueces de instancia en Colombia propongan cambios prospectivos de precedente. En las jurisdicciones del *common law* esta alternativa está usualmente vedada a los jueces.

Hemos igualmente ganado un poco de precisión sobre el contenido vinculante del precedente: los jueces tienen la obligación de determinar cuál es el principio jurisprudencial vigente dentro de la línea jurisprudencial; por tanto no se trata de elegir cualquier sentencia sin tener una clara noción del papel y vigencia

de la misma dentro de la línea jurisprudencial. Una vez seleccionadas de esta manera la (o las) sentencias hito que contienen la doctrina vigente, el juez debe proceder a “interpretarlas”: la obediencia relativa al precedente sólo lo obliga a aplicar la *ratio decidendi* de los fallos que tengan fuerza gravitacional vigente sobre el caso que está decidiendo. De esta manera resulta claro que los jueces tienen el deber de interpretar la sentencia para extraer los contenidos que de allí se consideran *prima facie* vinculantes. Esta labor es hermenéutica por esencia y exige, a partir de ahora, una breve incursión en las principales discusiones que se han dado sobre el tema.

La larga experiencia de trabajo con precedentes en el *common law* llevó, con el tiempo, a la consolidación de dos grandes visiones explicativas de la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. Esta gran división de opiniones fue recogida desde el primer momento (aunque con alguna inadvertencia) por la jurisprudencia colombiana. En efecto, en la SU-47/99 la Corte dice lo siguiente (en un párrafo reproducido más arriba):

“52- [...] 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. Esto es obvio, pues si se permite que el propio juez, al resolver un caso de una manera, invoque como *ratio decidendi* cualquier principio, entonces desaparecen la virtud pasiva de la jurisdicción y la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir.

Por ello, 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”<sup>154</sup>

El lector puede observar en estos párrafos dos fuerzas que expresan sentidos más o menos opuestos a pesar de los esfuerzos de la Corte por reconciliarlos: en el primer párrafo se hace énfasis en que los jueces obren con virtudes pasivas y sólo reconozcan como *ratio decidendi* “aquellas consideraciones normativas que sean realmente necesarias para decidir el asunto”. Esta advertencia busca evitar que los jueces inventen *rationes decidendi* que no aparecen realmente en el texto y que, por tanto, desvirtuarían el deber de obediencia al mismo. Se trata, dentro de esta visión, de evitar el capricho y la arbitrariedad judiciales. Esta preocupación de la Corte sugiere (así la no se diga explícitamente) que la mejor forma de evitar el

---

154 Aquí la Corte cita la obra de Dennis Keenan, *English Law*, Pitman, Londres, 1989, pág. 134.

desbordamiento del juez al interpretar los precedentes radica en que éstos identifiquen y obedezcan aquellos apartes de la sentencia que literalmente constituyan la *ratio decidendi*. Se trata, pues, de una teoría formalista de la *ratio* que confía en que los jueces anteriores han hecho suficientes esfuerzos por explicarla muy claramente en sus sentencias anteriores y que tales consideraciones exigen de un respeto más o menos textual. La interpretación textualista de sentencias, según este argumento, sería tan eficaz como la interpretación textualista de la ley para evitar el capricho judicial.

El segundo párrafo de la Corte, empero, sugiere otra línea muy diferente de argumentación: el sentido de un precedente, como el de cualquier otro texto, debe ser precisado por sus lectores. Incluso en aquellas prácticas hermenéuticas en que es preciso guardar fidelidad al texto (como en el derecho por oposición al análisis literario), el “sentido” o “significado” central de los textos en todo caso depende fundamentalmente de los lectores. Así, por ejemplo, en muchas líneas jurisprudenciales los jueces no han podido o no han querido exponer con claridad suficiente, con relevancia contemporánea o con corrección moral y política el principio decisional que están formulando. Los jueces subsiguientes, de todas formas, aún están en la obligación de respetar y dar sentido a esas líneas precedentes. Para dotar de sentido a estas sentencias, no basta con que los jueces desplieguen virtudes pasivas o realicen meras interpretaciones textualistas. Se requiere que, sin vulnerar su sentido general, los jueces “reconstruyan” los precedentes aplicables. De esta forma también se mantiene la obediencia al precedente pero a través de un concepto hermenéutico más desarrollado. Esta teoría, advertirá el lector, se hizo posible en el mundo anglo-americano en la medida en que los jueces se encontraban con sentencias no motivadas o mal motivadas, sentencias antiguas, sentencias ambiguas, o cuando los fallos se promulgaban en momentos de cambio social y económico importante o cuando se enfrentaban a líneas jurisprudenciales largas y complejas. En todos estos casos, entre otros, la concepción hermenéutica del precedente parecía más fuerte que su concepción formalista.

Estas dos visiones generales pronto empezaron a desarrollarse también en Colombia. Es relativamente claro que una visión hermenéutica del precedente sólo puede darse cuando empieza a existir suficiente experiencia con su manejo, tal y como fue ocurriendo en el caso del *common law*. De hecho, estas visiones opuestas se fueron consolidando en la discusión que la Corte ha tenido hasta nuestros días sobre la cuestión de la cosa juzgada constitucional.

En algunas decisiones la Corte se ha decantado por una posición formalista, al estilo de la que se describió hace un momento en el *common law*. Así, en algunas sentencias de constitucionalidad la distinción entre *ratio* y *obiter* funciona



de la siguiente manera: hay, en primer lugar, *obiter dictum* cuando los apartes en discusión de la sentencia, aunque explícitos, no hacen parte del tema central o esencial del estudio suscitado por los artículos bajo análisis en la sentencia de constitucionalidad, o cuando dichos párrafos no sean estrictamente requeridos para fallar el caso. De contracara, constituyen “tema esencial” todos aquellos argumentos que se hacen necesarios y que reciben tratamiento *explícito y detenido* por parte de la Corte para resolver el problema de exequibilidad o inexecuibilidad de una norma bajo discusión.

Con estos criterios, la distinción entre *ratio* y *obiter* queda incorporada en el mismo texto de la sentencia que se analiza: es *ratio* aquel argumento que consciente y explícitamente le permite a la Corte llegar a la decisión; el *obiter*, de otro lado, son argumentos incidentales, secundarios, subdesarrollados o, incluso, ausentes que no se requieren para la conclusión alcanzada.

Esta forma de ver la distinción es la que parece ser captada en la diferencia entre “cosa juzgada implícita” y “cosa juzgada aparente” mencionada anteriormente: la “cosa juzgada implícita”, o *ratio decidendi* hace referencia a aquellos apartes del fallo que, luego de plena consideración por parte de la Corte sobre el fundamento de las normas acusadas, “guardan unidad de sentido”, “están inescindiblemente unidos”, con el dispositivo ó parte resolutoria de la sentencia (también denominado “cosa juzgada explícita”). Así, por ejemplo, sostiene la Corte respecto de la C-222/96:

“ninguno de los artículos demandados hace referencia a la responsabilidad individual de los congresistas, por lo cual no era necesario, para declarar la exequibilidad o la inexecuibilidad de esas normas, adelantar las reflexiones que la Corte hizo sobre la naturaleza de los juicios en el Congreso y las responsabilidades judiciales de los representantes y senadores”.

La segunda forma de ver la distinción entre *ratio* y *obiter* es más hermenéutica y está directamente emparentado con teorías realistas (o al menos, no formalistas) del precedente en el mundo anglo-sajón. Se trata, ya lo hemos dicho, de una noción más *hermenéutica* del precedente y sus posibilidades de manipulación son mucho mayores. En esta segundo vía los argumentos centrales explícitos presentados por el juez anterior *pueden, en ocasiones, ser mero obiter dictum*. En esta circunstancia se trata de encontrar el *verdadero principio o razón* (y no el aparente o textual) que llevó a la decisión de la Corte. Esta definición de *ratio decidendi* invita a una racionalización ulterior de la sentencia por parte del juez que decide el caso nuevo: el juez, pues, no está obligado a seguir como precedente los argumentos explícitos que el juez original creyó que justificaban su sentencia sino, más bien, a

construir nuevas justificaciones o racionalizaciones *compatibles con los fallos pasados* pero que extraigan, de alguna manera, el *verdadero* principio del fallo.

Esta técnica de interpretación de precedentes fue expuesta con singular fuerza por los antiformalistas norteamericanos en la primera mitad del siglo XX aunque hoy es masivamente aceptada por los autores como legítima.<sup>155</sup> Los autores del *common law* reconocen que los jueces subsiguientes tienen tradicionalmente un poder para “revisar” la *ratio decidendi* original, siempre y cuando la *ratio* revisada siga dando buena cuenta del sentido en el que el fallo anterior fue decidido.<sup>156</sup> Si la nueva *ratio* no hace esto no se trata de un poder legítimo de *refinar* la *ratio* sino de un verdadero cambio jurisprudencial.

Al respecto, ya en un texto de 1928 el realista HERMAN OLIPHANT, en un caso que vale la pena discutir con algún cuidado, revisando jurisprudencia anterior, encontró que existía una incoherencia importante en el *common law* sobre la cuestión de la validez de cláusulas de restricción de la competencia. En la jurisprudencia del momento, los jueces a veces la permitían y a veces no, pero sin que fuera fácil discernir motivos para ello. Según Oliphant esta incoherencia de la línea jurisprudencial era apenas aparente y formal ya que se requería analizarla cuidadosamente a la luz de realidades económicas que los jueces, aunque utilizaban, no explicitaban en sus fallos. Así, para OLIPHANT,

“[n]o son las opiniones de los jueces, sino el sentido en el que deciden los casos lo que será la materia dominante de un verdadero estudio científico del derecho [...] Un ejemplo de esta ciencia real del derecho bastará. Hay dos líneas de viejos precedentes relacionados con la validez de las cláusulas de no competencia. Esas dos líneas simplemente se contradicen. Pero cuando se hace caso omiso de las consideraciones de la sentencia y los hechos de los casos se re-examinan, todos los casos que sostienen que las cláusulas no son válidas se refieren a casos en los que empleados se comprometen a no competir con sus empleadores después de culminado el período de empleo. Las reglas entonces existentes de los gremios y oficios, a las que no se hace referencia en las consideraciones explícitas de los jueces, hacen que estas decisiones sean perfectamente correctas. Todos los casos en los que la cláusula de no competencia fue válida fueron aquellos en los que alguien vendía un negocio y prometía no competir con el comprador. La realidad económica contemporánea hizo que estas decisiones fueran perfectamente correctas. La distinción entre estas dos líneas jurisprudenciales ni siquiera se sugiere en los considerandos. Fue la intuición basada en la experiencia lo que llevó

---

155 Esta técnica es reconocida como legítima incluso por autores tan diversos como Joseph Raz, *The Authority of Law*. Clarendon Press, Oxford, 1979, capítulo 10; N. McCormick en su artículo *Why Cases have Rationes and What These Are*. En Laurence Goldstein (editor), “Precedent in law”. Clarendon Press, Oxford, 1987; y finalmente por Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1984, capítulo 4.

156 Véase al respecto Rupert Cross y J. W. Harris, *op. cit.*, pág. 74.

a los jueces a fallar así con impresionante seguridad y consiguiendo un resultado que se ajustaba a la vida. Ese es un ejemplo de las cosas que se pueden estudiar científicamente (...).”

Esta noción del precedente, pues, es menos formalista y permite al juez reconstruir los fundamentos o razones de los fallos. Esta forma de concepción del precedente ha sido utilizada en momentos de cambio social en los que se hace preciso mantener la coherencia decisional al tiempo que se encuentran o elaboran nuevos argumentos o concepciones de la realidad social y jurídica. Esta técnica, en concreto, le permitió a la Corte desechar el valor precedencial de la sentencia C-245/96:

“En este caso, parece pues que el fundamento de la inexequibilidad de la norma es **verdaderamente** que la inviolabilidad parlamentaria no se extiende al ejercicio de las funciones judiciales, por lo cual ésta sería la *ratio decidendi* de esa sentencia, y tendría entonces efectos vinculantes como precedente. Sin embargo un análisis más detenido muestra que la situación es distinta y que **la base esencial de la decisión** de la Corporación fue la siguiente: la protección de la inviolabilidad no puede traducirse en una erosión del principio de publicidad de la actividad de las cámaras”.

Más recientemente la Corte ha empleado este concepto de *ratio* en la reconstrucción que ha hecho de la línea jurisprudencial de tutela contra providencias judiciales. Buen ejemplo de ello son las sentencias T-1031/01, T-441/03, T-774/04<sup>157</sup> y C-590/05<sup>158</sup>. En estas sentencias se hace el esfuerzo por mantener la línea jurisprudencial de tutela contra providencias pero se reconoce que en las sentencias anteriores había conceptos que no explicaban adecuadamente la institución. En la línea jurisprudencial se había utilizado el concepto de “vías de hecho”; la Corte ha venido reconociendo que en muchos de esos casos no se estaba en presencia de una actuación tan injurídica como para llamarla “vía de hecho”; en consecuencia, prefiere hablar de “causales genéricas de tutela contra sentencia” en la que los jueces pueden incurrir y que no incluye un disvalor de la magnitud que presuponia el antiguo concepto de “vía de hecho”.

Se puede ver aquí, por tanto, que la nueva *ratio decidendi* de la línea jurisprudencial continúa justificando esos fallos, así sea con una nueva razón que permaneció *invisible* para los jueces que decidieron esos casos previamente. En consecuencia, la Corte mantiene la doctrina pero busca reconstruirla o rerra-

---

157 M.P. M. Cepeda.

158 M.P. J. Córdoba T.

cionalizarla a partir de conceptos más completos y poderosos. De esta forma la sentencia T-774/04 afirma:

“(...) la Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no (...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.”

En este orden de ideas se acepta que

“Este avance jurisprudencial ha llevado a la Corte a remplazar ‘(...) el uso conceptual de la expresión vía de hecho por la de causales genéricas de procedibilidad.’ Así, *la regla jurisprudencial se redefine en los siguientes términos:*

[...] Todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.”<sup>159</sup>

De esta forma se concluye que una tutela contra providencia judicial no requiere ser una “vía de hecho”, sino que hace referencia a algunas de las causales específicas en que la Corte ha visto que las providencias judiciales afectan derechos fundamentales. Esta resulta ser, como apreciará el lector, una reconstrucción fuerte de la *ratio decidendi* de las sentencias anteriores. Estas sentencias quedan así confirmadas doctrinalmente, aunque ahora se ofrece un nuevo y más verdadero (según la Corte) principio jurisprudencial detrás de ellas.

Esta noción hermenéutica del precedente sobrepasa con mucho el entendimiento más formalista y textualista de la noción de *ratio decidendi* que se expresa

---

159 Sentencia T-949/2003. M.P. E. Montcallegre L. Énfasis añadido.

con frecuencia cuando la Corte habla de “cosa juzgada implícita” en sentencias de constitucionalidad. Debe anotarse, a manera de conclusión provisional, que la Corte decide más o menos libremente tanto con una concepción formalista como con una hermenéutica de *ratio decidendi* y que en ello no se distingue de otras cortes en el derecho comparado que siguen también algún sistema de precedentes

## VI. ARGUMENTOS LEGÍTIMOS: INDETERMINACIÓN DEL PRECEDENTE

Más arriba se vio que la inexistencia de sub-regla judicial le permite al juez aplicar e interpretar de manera directa la constitución sin necesidad, lógicamente, de aplicar doctrina constitucional inexistente. Es difícil hacer apreciaciones de qué tanta doctrina constitucional existe en Colombia y por tanto de qué tan frecuente sería la posibilidad de que los jueces se enfrentaran, sin jurisprudencia, con el texto constitucional. Es posible afirmar, sin embargo, que jueces, estudiantes y litigantes tienden a desconocer los precedentes y por tanto a pensar que en la Constitución hay más “terrenos baldíos” que los que en realidad hay.

La técnica legítima que ahora corresponde estudiar no es, sin embargo, la de vacío de jurisprudencia. Se trata, no de falta de jurisprudencia, sino quizá de “exceso” de la misma. La técnica procede de la siguiente forma: Suponga que Ud. examina las sentencias hito de la Corte en una determinada línea de precedentes y encuentra que existen dos (o más) doctrinas vigentes. En este caso el juez estaría autorizado, por la ambigüedad existente en la jurisprudencia de la misma alta corte, a escoger entre las sub-reglas posibles y, por tanto, a excusar con fundamento en la indeterminación la violación (al menos, parcial) del precedente.

La aplicación correcta de esta técnica exige, como presupuesto necesario, que el juez identifique de manera correcta dos (o más) doctrinas constitucionales *vigentes pero opuestas*. El uso de la técnica sería incorrecto si el juez contrapone, por ejemplo, una doctrina constitucional *no vigente* con otra *vigente* para afirmar que tiene libertad de escogencia entre ellas. En este caso se trata pura y simplemente de una inadecuada determinación de la sub-regla a aplicar y, por tanto, de una violación manifiesta de la doctrina del precedente.

Para comprobar la *vigencia* de una doctrina el juez debe mostrar, con casos recientes, que ha sido aplicada a un caso análogo. Aquí, igualmente, el juez puede demostrar que la Corte tiene un conflicto doctrinal aún no resuelto y sostenido, por ejemplo, entre diversas salas de revisión. Una doctrina no vigente, en cambio, es aquella que la Corte ha rechazado abiertamente (en sentencias donde muestra la mayor corrección de otra opinión) o tácitamente (cuando dicha doctrina solo

aparece ocasionalmente en sentencias antiguas y no ha sido usada contemporáneamente).

Una advertencia final, de mucha importancia para el uso de esta técnica, es la siguiente: Con mucha frecuencia los jueces parecen creer que hay contradicción jurisprudencial entre dos sentencias escogidas aleatoriamente cuando es posible probar, con la reconstrucción adecuada de la línea jurisprudencial y sus sentencias hito, que uno de los extremos de la presunta contradicción ya no es doctrina constitucional vigente. En ese sentido, jueces, litigantes y estudiantes tienen a veces una exagerada percepción de contradicción respecto de la jurisprudencia de la Corte como producto del anti-técnico manejo de las líneas jurisprudenciales.

## VII. ARGUMENTOS LEGÍTIMOS (PERO PELIGROSOS): CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

El cambio jurisprudencial es una técnica legítima, posible, pero idealmente de uso infrecuente y con justificación excepcionalmente sólida. Las razones que pueden llevar al cambio jurisprudencial tienen que ver, en primer lugar, con el cambio social: ya que precedentes antiguos tienen menor presunción de corrección para las circunstancias contemporáneas que un precedente novel. En ese sentido, el juez debe ser sumamente riguroso al argumentar “nuevas circunstancias” que sean lo suficientemente poderosas para justificar desigualdad en el trato. Pero no solamente es necesario cambiar precedentes antiguos; también es necesario cambiar precedentes equivocados, mal fallados, doctrinas que, después de una segunda o tercera revisión parecen conducir a resultados injustos, inesperados o de otra manera claramente inconstitucionales.

Es evidentemente más justificado cambiar un precedente que es, al mismo tiempo, antiguo e equivocado ya que, en este caso, el juez posee tanto el argumento de incorrección como el argumento de circunstancias nuevas. Mucho más difícil es, en cambio, tratar de mostrar que el argumento de ayer fue “incorrecto”. Eso revela posiblemente que el fallo de ayer no tuvo la profundidad y madurez que son siempre exigibles de la función judicial. Por esa razón el cambio jurisprudencial debe ser el resultado de una reflexión adicional sobre la posible inconveniencia de una doctrina, por su incorrección o por su anacronismo.

Adicionalmente el cambio de jurisprudencia debe tomar en cuenta, con toda seriedad, el nuevo patrón distributivo que la nueva doctrina generaría y los efectos potencialmente “expropriatorios” de su aplicación. Así el juez debe estar dispuesto a medir el impacto social que se sigue de la desprotección de ciertos intereses sociales protegidos, el costo potencial en términos de legítima confianza

por parte de los ciudadanos, y por otra parte, el beneficio en justicia o contemporaneidad de la regla. El cambio de jurisprudencia debe, por tanto, tener una clara visión de todos estos aspectos. Por lo exigente de su aplicación se trata de una técnica de uso excepcional.

Es evidente que cada juez es responsable del precedente horizontal y por tanto de la utilización (o no) del cambio de jurisprudencia. En casos de precedente vertical o jerárquico es igualmente claro que los jueces de instancia no pueden efectuar cambios de la jurisprudencia de las Altas Cortes. A ellos solo les está abierta la posibilidad de utilizar los otros argumentos legítimos expuestos más arriba.

La siguiente discusión, extraída de la sentencia SU-047/99, es indicativa de las dificultades que presenta esta técnica:

### **Respeto a los precedentes y cambio jurisprudencial**

43- El respeto a los precedentes 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<sup>160</sup>, 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 capriciosa 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 todo 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.

---

160 Ver, por ejemplo, entres otras, las sentencias T-13 de 1995 y C-400 de 1998.

44- El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-.

Conforme a lo anterior, en general la doctrina y la práctica de los tribunales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez puede distanciarse de sus propios precedentes. Esto es muy claro en los sistemas de derecho legislado, en donde la fuente esencial del derecho es la ley, y no la jurisprudencia, por lo cual un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas. Pero incluso en los sistemas del *Common Law*, en donde el derecho derivado de los precedentes judiciales o "*case Law*" es fuente básica del ordenamiento jurídico, el principio del "*stare decisis*" o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto, puesto que las más altas corporaciones admiten que pueden apartarse de un precedente, con el fin de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencial<sup>161</sup>. Así, Inglaterra durante siglos adhirió de manera muy rígida a la fuerza vinculante de los precedentes; sin embargo, las propias necesidades del derecho en una sociedad compleja llevaron a la Cámara de los Lores a abolir, en julio de 1966, la regla según la cual ella quedaba atada de manera absoluta a sus decisiones anteriores<sup>162</sup>. Según la más alta corporación judicial inglesa, el respeto al precedente es "indispensable" para decidir casos concretos ya que "provee al menos un cierto grado de certeza sobre la cual los individuos pueden confiar para llevar a cabo sus negocios y es la base para un desarrollo ordenado de las reglas jurídicas". Sin embargo, precisan los Lores, una "adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a injusticias en casos concretos y también restringir indebidamente el adecuado desarrollo del derecho". Por ello concluyen que a partir de ese momento la Cámara de los Lores va a considerar que si bien los precedentes son "normalmente vinculantes", será posible para esa corporación "apartarse de una decisión previa cuando sea justo hacerlo". El tribunal precisó empero

---

161 Para esta práctica en derecho inglés, ver Denis Keenan. *English Law*. (9 Ed) Londres: Pitman, 1989, pp 130 y ss.

162 Ver al respecto la declaración de Lord Gardiner, Presidente de ese tribunal, citada en Keenan. *Op. cit.*, p. 135.



que esa nueva regla sólo era aplicable a la Cámara de los Lores, pero no a los otros jueces, que siguen entonces vinculados a los precedentes de la más alta corporación judicial inglesa, al menos hasta que ésta no los varíe, o sean modificados por una ley del Parlamento.

45- Una primera conclusión se impone: si bien las altas corporaciones judiciales, y en especial la Corte Constitucional, deben en principio ser consistentes con sus decisiones pasadas, lo cierto es que, bajo especiales circunstancias, es posible que se aparten de ellas. Como es natural, por razones elementales de igualdad y seguridad jurídica, el sistema de fuentes y la distinta jerarquía de los tribunales implican que estos ajustes y variaciones de una doctrina vinculante sólo pueden ser llevados a cabo por la propia corporación judicial que la formuló. Por tal razón, y debido al especial papel de la Corte Constitucional, como intérprete auténtico de la Carta y guardiana de su integridad y supremacía, corresponde a esa Corporación, y sólo a ella, modificar las doctrinas constitucionales vinculantes que haya desarrollado en sus distintos fallos.

46- De otro lado, y debido a las funciones esenciales que juega en un Estado de derecho el respeto al precedente, la variación de una jurisprudencia o una doctrina constitucional no es un asunto de poca monta sino que debe ser cuidadosamente evaluado por los jueces. Por ello, en anterior oportunidad, esta Corporación había explicado qué requisitos debía cumplir un cambio de jurisprudencia para que fuera legítimo. Dijo entonces la Corte:

*"En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, **para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior**, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario **es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente** en un Estado de derecho (subrayas no originales).<sup>163</sup>"*

Por consiguiente, con base en esas pautas, es rigurosamente válido que la Corte Constitucional rectifique y precise los criterios adelantados sobre la inviolabilidad parlamentaria en las sentencias C-222 de 1996 y C-245 de 1996. En efecto, como se mostró, la doctrina sentada en esas decisiones no sólo es hermenéuticamente apresurada sino que conduce a un desconocimiento grave de la

163 Sentencia C-400 de 1998. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico No 57.

inviolabilidad parlamentaria, en detrimento de la independencia del Congreso, el libre debate democrático y el derecho fundamental al debido proceso de los representantes investigados por la Corte Suprema. Los argumentos que justifican el explícito abandono de esos criterios jurisprudenciales son entonces muy poderosos, puesto que están en juego principios y valores esenciales del ordenamiento constitucional. En cambio, los costos que puede generar esta rectificación jurisprudencial, en términos de seguridad jurídica o de igualdad, son prácticamente inexistentes. Así, a partir de esta sentencia, ningún congresista podrá ser investigado por los votos y opiniones emitidos en el juicio al Presidente Samper, por lo cual esta providencia no produce desigualdades en la aplicación de la ley penal. Y, de otro lado, la presente rectificación jurisprudencial, al definir cuál es la interpretación auténtica sobre el alcance de la inviolabilidad parlamentaria cuando los congresistas ejercen funciones judiciales, lejos de generar inseguridad jurídica, lo que hace es dirimir los problemas interpretativos que habían provocado las afirmaciones hechas, *obiter dicta*, por esta Corporación.

47- Con todo, podría objetarse que incluso si existen razones poderosas en favor de una rectificación jurisprudencial, ésta no es viable por medio de una sentencia de tutela, por cuanto las anteriormente referidas eran de constitucionalidad y habían hecho tránsito a cosa juzgada constitucional. Ahora bien, en la medida en que tales decisiones tienen efecto *erga omnes*, entonces obligarían incluso a la Corte Constitucional, que no podría desconocerlas cuando actúa como juez de tutela.

Esa objeción presupone que han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional y constituyen doctrina constitucional obligatoria todos los apartes de las decisiones C-222 de 1996 y C-245 de 1996, que fueron reproducidos en el fundamento jurídico No 16 de la presente sentencia, y que abonan la interpretación según la cual los congresistas están desprovistos de inviolabilidad cuando ejercen funciones judiciales. Sin embargo, esa suposición es muy discutible, pues es claro que no todo el contenido de una sentencia de control constitucional es vinculante. Es pues necesario que la Corte entre a precisar qué es lo verdaderamente obligatorio en una decisión previa de control constitucional de esta Corporación.

#### TRABAJO PERSONAL

• La Corte Constitucional volvió a discutir el problema del reajuste de salarios para el sector público en la C-1064/01, M.P. M. Cepeda E. Esa sentencia es muy importante porque vuelve a examinar cuestiones generales relacionadas con el sentido del Estado Social de Derecho, el derecho a trabajo y la doctrina de precedentes. Lea la sentencia y trate de analizar si respeta el precedente anunciado en la C-1433/00.

• Lea con atención la sentencia dentro del proceso No. 14464 de 22 de junio de 2005, Sala de casación penal, M.P. Edgar Lomhama Trujillo. En esta sentencia aprecie las razones por las cuales la Corte Suprema realiza un cambio jurisprudencial y cómo termina justificándolo. ¿Cumple con los estándares mínimos que se exigen para realizar este cambio?

Su

- Los jueces deben evitar la utilización de técnicas ilegítimas de interpretación jurisprudencial.
- Los jueces deben siempre utilizar las técnicas legítimas de interpretación constitucional.
- El cambio de jurisprudencia exige un deber excepcional de argumentación por parte del fallador.
- La jurisprudencia ayuda, pero no reemplaza la responsabilidad personal del fallador en el estudio y solución del caso

Ca

- ¿Existe realmente contradicción entre las sentencias C-1433/00 y C-1064/01?
- ¿Cuál es su apreciación del asunto? ¿Piensa Ud. que hubo un adecuado manejo del precedente?
- ¿Cuál es la ratio decidendi en dichas sentencias?
- ¿Cuál es la sub-regla constitucional en materia de reajuste de salarios que lo obliga a Ud. en virtud del principio del precedente?
- Examinó Ud. anteriormente la línea jurisprudencial sobre la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad. ¿Cree Ud. que hay un adecuado respeto al precedente en esa línea? ¿Son reconciliables las sentencias C-893/01 y C-1195/01? ¿Cómo manejaría Ud. esta situación? ¿Cuál es la doctrina constitucional vinculante en este caso?

## VIII. USO DE LAS TÉCNICAS LEGÍTIMAS EN EL PRECEDENTE VERTICAL Y EN EL PRECEDENTE HORIZONTAL

Como se recordará de la lectura de la sentencia C-836/01, la Corte Constitucional hace un ejercicio para determinar la fuerza que tienen en Colombia tanto el precedente horizontal (o auto-precedente) como el precedente vertical (proveniente de Altas Cortes). En ambos casos el juez está obligado a obedecer la fuerza gravitacional que *prima facie* tienen sus propias sentencias o las sentencias de las Altas Cortes. Este respeto, sin embargo, no es absoluto: el juez puede ofrecer motivos suficientes y razonados para apartarse de la jurisprudencia. A estos motivos los hemos denominado “argumentos legítimos”. La sentencia C-836/01, además, indica de forma concreta cómo y en qué casos pueden utilizarse estos “argumentos legítimos”, estableciendo una distinción (menor, pero en todo caso significativa) entre la obediencia debida al precedente horizontal y la obediencia debida al precedente vertical. Vale la pena de nuevo enunciar la sub-regla precisa de la C-836/01 y las razones constitucionales de la misma:

“Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, contruidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho. Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no sólo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial [...]”<sup>164</sup>

La esencia de la doctrina contemporánea del precedente, aplicable tanto a la jurisdicción ordinaria como a la común, radica en lo siguiente: no se trata de un sistema libre de jurisprudencia (como lo pensaba A.J. Uribe), de un lado, así como no se trata de un sistema de precedente absoluto, del otro. De tratarse de un sistema absoluto, todo caso análogo a uno anteriormente fallado tendría que ser decidido de idéntica manera. Esto, por supuesto, generaría una excesiva inflexibilidad en el desarrollo de la jurisprudencia.

La Corte Constitucional escoge, por oposición a los dos anteriores, un sistema relativo de jurisprudencia. La primera idea fundamental es que un precedente ya adoptado tiene peso jurídico específico, esto es, cuenta como argumento (aunque no decisivo) para decidir en el mismo sentido y con los mismos argumentos el nuevo caso análogo que se le presente al juez. De esta manera los precedentes tienen, utilizando la metáfora de Ronald Dworkin, una cierta fuerza gravitacional que atrae el nuevo fallo. Recuérdese, de otro lado, que el sistema libre de jurisprudencia niega de entrada que los precedentes ya decididos tengan algún peso jurídico específico.

En el sistema relativo, pues, los jueces tienen el deber *prima facie* de respetar el precedente (incluyendo, por supuesto, los argumentos y el sentido de la decisión). Pero un deber *prima facie* no constituye un deber definitivo. En virtud del principio de autonomía judicial los jueces pueden separarse de la línea jurisprudencial ya fijada si exponen motivos suficientes y razonables para ello<sup>165</sup>. La doctrina relativa

---

164 *Ibíd*, considerando 15. Énfasis añadido.

165 Como se ha visto con anterioridad a lo largo de este módulo, el estándar de argumentación requerido (“motivos suficientes y razonables”) es uno de los tópicos más recurrentes en la jurisprudencia de la C. Constitucional en esta materia. Así, por ejemplo, la sentencia T-125/95 habló de la necesidad de “justifi[car] de manera suficiente y adecuada” el cambio jurisprudencial.

del precedente exige del juez una doble carga en casos en que no parezca razonable seguirlo: en primer lugar, una carga de transparencia en el sentido en que es necesario conocer y anunciar los precedentes vigentes que gravitan en contra de la nueva posición que se va a tomar, con lo que se prohíbe el cambio oculto de jurisprudencia; y, en segundo lugar, los jueces tienen que cumplir con una carga de argumentación, es decir, tienen que mostrar con claridad por qué la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica y moralmente a la anteriormente adoptada, con lo que se prohíbe el cambio jurisprudencial discrecional.

La sentencia C-836/01 ahonda algo en las maneras cómo puede cumplirse satisfactoriamente con la segunda carga de argumentación, es decir, en los motivos suficientes y razonables que hacen un cambio jurisprudencial constitucionalmente legítimo frente a la fuerza inercial *prima facie* que debe tener el precedente. Para la Corte Constitucional, en general, el precedente vertical ata con mayor fuerza a los jueces inferiores que el auto-precedente a la propia Corte de cierre. Según esta visión, entonces, la Corte Constitucional piensa que todos los jueces tienen el deber de respetar la fuerza inercial de la jurisprudencia de la Alta Corte; este deber, sin embargo, es algo más débil en el caso del auto-precedente de Alta Corte ya que ella está mejor posicionada que los jueces inferiores para realizar cambios, motivados y razonables, de su propia jurisprudencia. Por estas razones la Corte habla de que en casos de precedente vertical la jurisprudencia tiene un plus normativo (esto es, ata más firmemente) que cuando se trata del auto-precedente o precedente horizontal.

### A. CAMBIO EN EL PRECEDENTE VERTICAL

Hechas estas consideraciones la Corte pasa a anunciar los casos en que parece razonable apartarse de las líneas jurisprudenciales ya asentadas. Aquí la Corte expone el listado de argumentos legítimos para apartarse del precedente vertical. Dado el plus normativo del precedente vertical, la Corte confeccio-

---

En las sentencias C-252/01 y C-836/01 la Corte anuncia que “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.*” Aclara la Corte en ambas sentencias: “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.”

na dos cortos listados que, aunque similares, exhiben alguna diferencia en sus contenidos. En virtud del plus normativo, “la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas”.<sup>166</sup> Con relación al precedente vertical, los jueces de inferior jerarquía pueden separarse del precedente en las siguientes categorías de casos:

- 1) Según la Corte, y como resulta obvio, “[e]n principio, un cambio en la legislación motivaría un cambio de jurisprudencia”.<sup>167</sup> Así, pues, una disposición legislativa nueva cambia la jurisprudencia interpretativa o aplicativa de una norma que ha sido derogada. Este constituye, por supuesto, un argumento suficiente y razonable para abandonar la jurisprudencia.
- 2) En segundo lugar, y éste es el centro de la discusión sobre el precedente, los jueces inferiores pueden cambiar de criterio jurisprudencial sin que medie cambio legislativo y en contravía de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Dice la C. Constitucional:

“Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia. Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.”<sup>168</sup>

---

166 C-836/01. Considerando 20.

167 C-836/01. Considerando 17.

168 C-836/01. Considerando 18.

En esta causal la Corte Constitucional le da a los jueces inferiores una potestad que usualmente le niegan los sistemas anglo-sajones de *stare decisis*. Se trata de la posibilidad de realizar cambios prospectivos de jurisprudencia, esto es, de advertir en sentencias muy cuidadosamente argumentadas que ha habido variaciones fundamentales en la situación social, política y económica que hacen que la doctrina jurisprudencial adoptada hasta ahora sea inequitativa o injurídica, en términos generales. Esta advertencia, como se ve, se puede hacer antes que la Alta Corte haya reparado en el tema e implica una confrontación consciente con la jurisprudencia existente.

3) Finalmente, la Corte recuerda que en puridad no existe fuerza gravitacional en el precedente cuando

“la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto, compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso.”<sup>169</sup>

En estos casos es evidente que los jueces pueden moverse más libremente dentro de la jurisprudencia, hasta que la Alta Corte delimite con mayor precisión su posición.

## B. CAMBIO EN EL PRECEDENTE HORIZONTAL

La Corte ve con una mayor laxitud el cambio del auto-precedente al interior de la Alta Corte, sin que eso signifique un retorno al sistema libre de jurisprudencia. En ese orden de ideas, la Corte Suprema, por ejemplo, puede variar su jurisprudencia dentro de las siguientes categorías generales que constituyen motivos suficientes y razonables:

“La expresión “erróneas” que predica [el artículo 4° de la Ley 169 de 1896] de las decisiones de la Corte Suprema puede entenderse de tres maneras diferentes, y cada interpretación da lugar a cambios jurisprudenciales por razones distintas. En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social

---

169 Ibid. Considerando 19.

posterior. Como se analizó de manera general en el numeral 18 supra<sup>170</sup>, este tipo de error sobreviniente justifica que la Corte cambie su propia jurisprudencia. En segundo lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión. En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.<sup>171</sup>

Todo esto, aclara la Corte, sin que se regrese al sistema de la jurisprudencia libre:

“Debe entenderse entonces que el error judicial al que hace referencia [el artículo 4°] justifica el cambio de jurisprudencia en los términos expresados, pero no constituye una facultad del juez para desechar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sin un fundamento explícito suficiente.”<sup>172</sup>

La diferencia evidente entre los dos listados se concentra en un punto esencial: mientras que la Corte Suprema queda autorizada para cambiar la doctrina jurisprudencial errónea sin que medie circunstancias de cambio social, político y económico, los jueces inferiores, al controvertir el precedente vertical tienen que acomodarse a este estándar, evidentemente superior, de argumentación. Queda por ver si este tratamiento separado que da la Corte al precedente vertical y horizontal describe adecuadamente las prácticas de los jueces en todos sus niveles. El mensaje a todos ellos sigue siendo la necesidad de tomarse en serio los precedentes como exigencia indispensable de la Constitución colombiana.

---

170 Citado en este mismo trabajo en la página anterior.

171 C-836/01. Considerando 21.

172 *Ibidem*.



## A MODO DE CONCLUSIÓN DEL MÓDULO

La aplicación directa de la Constitución a casos de tutela y derecho común ha generado la necesidad, cada vez más apremiante, de unificar la jurisprudencia. Esta necesidad, a su vez, se traduce en la exigencia de utilizar en Colombia una doctrina del precedente que dé coherencia a los pronunciamientos judiciales sobre el significado de los derechos fundamentales en el país.

El presente módulo ha pretendido contribuir en ese sentido, dándole a los jueces puntos de referencia (prácticos y teóricos) que les permita cualificar el uso de la jurisprudencia constitucional. Nada obsta, de otra parte, que estas mismas técnicas sean utilizadas en el manejo de la jurisprudencia en las otras ramas del derecho. Muy por el contrario, la utilización sistemática y coherente de la jurisprudencia, en *todas* las disciplinas y especialidades del derecho, es un imperativo de justicia que redundaría en la seriedad, certeza y eficacia del desempeño de la función. De igual forma, es evidente que los ciudadanos ganarían en dicho proceso: La aplicación uniforme de los derechos fundamentales es un forma de garantizar, al unísono, la justicia y la seguridad jurídica.

De otro lado, es preciso insistir en que la doctrina del precedente no disminuye la independencia judicial. Todo lo contrario. Como se ha mostrado a lo largo de este módulo, el juez tiene la responsabilidad de definir cuál es el precedente aplicable e, incluso en ese caso, conserva la posibilidad de desplegar las técnicas legítimas de manejo del mismo. Así, el juez es todavía legítimo fallador de cada caso, sólo que sometido a la necesidad de conversar con la jurisprudencia constitucional nacional, en un esfuerzo por perfeccionar el sentido y la profundidad de los derechos fundamentales.

La supervivencia en el país de la acción de tutela, de la aplicación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales son responsabilidades que pesan sobre los hombros de los falladores de instancia. Un manejo técnico y responsable de la técnica del precedente puede ayudarlos en ese sentido.