

EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y SU APLICABILIDAD EN MATERIA

PENAL

JOSÉ LUIS GARCÍA ESPINOSA

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2016**

**EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y SU APLICABILIDAD EN MATERIA
PENAL**

**JOSÉ LUIS GARCÍA ESPINOSA
(Estudiante)**

Dr. CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ DÍAZ
Asesor.

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar por el título
de Magíster en Derecho Penal**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2016**

TABLA DE CONTENIDO

	Páginas
Prefacio	5
1. OBJETIVOS	11
1.1 Objetivo General	11
1.2 Objetivos Específicos	11
2. JUSTIFICACIÓN	12
4. METODOLOGÍA	14
CAPÍTULO I	15
5.1 Antecedentes del Precedente Judicial.	15
5.2 El Sistema del Common Law o Anglosajón.	17
5.3 El COMMON LAW en los Estados Unidos. (Génesis y Evolución)	20
5.4 El Precedente Judicial en Colombia.	27
5.7 Discusiones y Comentarios del Precedente Jurisprudencial	45
CAPÍTULO II	49
5.8 Marco Legal del Precedente Jurisprudencial	49
5.9 Qué es un Precedente Judicial.	50
5.10 La Corte Suprema de Justicia y la Obediencia al Precedente.	52
5.11 La Cosa Juzgada y el Precedente.....	55
5.12 La Jurisprudencia y el Precedente Judicial.	56
5.13 Precisión de Jurisprudencia Penal.	57
5.15 Qué es el Obiter Dicta	62
5.16 Qué es la Ratio Decidendi.	63

5.17 El Stare Decisis.....	65
5.18 Fuerza Vinculante del Precedente.	67
5.15 Jurisprudencia para la Inaplicación del Precedente.	75
5.16 Ley 1437 de 2011 y el Precedente.	78
5.18 La Autonomía e Independencia del Juez Frente al Precedente.	81
5.19 Ley Formal y Precedente Constitucional.	84
5.21 Poder de las Cortes o Contenido de Justicia en sus Decisiones.	90
CAPÍTULO III	96
6. COMENTARIOS GENERALES	96
6.1 El Imperio de la Ley Versus Precedente.	105
6.2 El Control y Obligatoriedad del Precedente.	109
6.3 El Precedente y el Consejo de Estado.	111
6.4 Autonomía e Independencia del Juez al Decidir.	114
6.5 Distinción entre Precedente Judicial y Jurisprudencia.	119
6.6 Teoría del Anti precedente Judicial.	127
6.7 Tesis Optimista Del Precedente Judicial.	132
6.8 Colombia se adscribe al sistema del COMMON LAW o al continental.	136
6.9 El Precedente Judicial una Teoría Legal nueva para Colombia.	139
CONCLUSIONES	142
BIBLIOGRAFÍA Y CIBERGRAFÍA	146

Prefacio

Es preciso indagar si las decisiones judiciales están respetando la obligatoriedad de aplicación del precedente judicial, o si por el contrario ante eventos de toma de decisiones impera la aplicación de la Ley y de lado se deja el apoyo en el precedente. Determinar por qué no es una posición generalizada por los abogados, jueces utilizar los precedentes y por qué las Cortes si atienden en sus fallos los precedentes o si es pleno desconocimiento al arraigo que tienen los Jueces a la jurisprudencia.

Se avocará esta investigación solo desde el aspecto penal, y en la praxis judicial, sin desconocer que la jurisprudencia en general, emanada de los Tribunales de cierre, expresa la misma ley en la interpretación de cualquiera de las Altas Cortes y de cualquier juzgado. Realmente, si la aplicación de la jurisprudencia constituye un abandono a la Ley formal y al principio de legalidad o reserva legal, el precedente jurisprudencial, que además, está amparado en decisiones judiciales bien desarrolladas objeto del debate controvertido de un problema dentro del respeto de las normas constitucionales y legales donde se haya resuelto el planteamiento de la problemática, va a constituirse en el fundamento de esta investigación, por cuanto lo aquí señalado está enmarcado en un pensamiento judicial idóneo, integrado por varios miembros competentes como en las Altas Cortes o Tribunales.

El tema de estudio se inicia en el marco del Derecho Penal y su aplicabilidad en Colombia, aunque la decisión arquimédica que plantea el Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, citado por López Medina (López M. D., 2006) en la sentencia C-836 de 2001, lo trata de definir claramente, no limita su interpretación, desarrollo, aplicación solo al campo penal, lo extiende a todas las especialidades o ramas del derecho, como que tampoco quedan solo obligados al mismo los jueces sino, toda la administración pública. Desde entonces, fecha de expedición y vigencia de la decisión citada, el derecho colombiano empieza a sufrir un neo-transformismo judicial que ha permitido la elaboración de una nueva teoría en materia de precedentes y se ha abandonado o transmutado la doctrina del “derecho probable”.

INTRODUCCIÓN

El precedente jurisprudencial, es un tema novedoso en líneas iniciales, su aplicabilidad se ha ido posesionando en forma paulatina pero segura pues, la tradición en Colombia, no ha sido pacífica en aceptar totalmente los fallos judiciales que emanan de las Altas Cortes por la conformidad que se tiene con la consulta que primero se hace de la ley formal.

Actualmente, apenas si se está abriendo un espacio amplio y jurídico para acatar el precedente por los entendidos en derecho, el panorama es incierto al no acatar unánimemente las decisiones de las Altas Cortes, empero ello no es practicado en la generalidad de estudios, el cambio es novedoso y como tal hay resistencia, también se suma la variación constante de la normatividad y con ello genera un efecto deficiente, desigual e incoherente que hace poco aplicable la jurisprudencia.

No obstante, se considera que no toda decisión judicial es obligatoria, se pretende precisar la obligación de acatar la jurisprudencia de precedentes, aunque la jurisprudencia ordinaria defina procesos no tienen el alcance de lo que se

constituye actualmente en precedente, tal y como se precisa en este trabajo, es por ello que resulta obligatorio en materia de decisiones judiciales y que no tiene tal carácter vinculante sino de argumentos complementarios.

Se avocará en esta investigación solo desde el aspecto penal y en la praxis judicial, sin desconocer que la jurisprudencia expresa la misma ley en una interpretación de cualquiera de las Altas Cortes y de cualquier Juzgado. Asimismo, se pretende analizar la aplicación de la jurisprudencia de precedentes al salirse del sistema de fuentes formales del derecho, o es un avance hacia la consolidación del neo-constitucionalismo que hoy se postula universalmente como alternativa legal frente a los cambios sociales buscando darle respuesta al siguiente interrogante: ¿Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, son obligatorias para los jueces? Con el objetivo de establecer la aplicabilidad del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal e indagar las razones u obstáculos que limitan o anulan su aplicación por los Jueces.

Se resalta, además, que hoy día, hay una tendencia a consultar la jurisprudencia por muchas razones, mayor accesibilidad a ella, variación de procedimientos y derechos sustanciales, que en no pocas ocasiones, permiten situaciones inciertas, novedosas leyes que merecen una interpretación y aplicación acorde a la teoría de los derechos fundamentales que obligan al intérprete a privilegiar su aplicación con un sentimiento más sincero, coherente, de igualdad, para lo cual consultan desarrollos de los organismos institucionales de cierre ya internacionales o vernáculos.

Dentro de este trabajo se plantea la aplicación del precedente judicial de la

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, por los jueces que generan seguridad jurídica y fallos con unidad de criterios dentro de la administración judicial, para lo cual se establece el carácter imperativo y obligatorio del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal que a su vez contribuye a la construcción de la unificación jurisprudencial en materia penal.

Así el análisis que se vierte en este trabajo radica, en esencia, en ampliar el estudio del tema propuesto, generar un pensamiento judicial cimentado en decisiones judiciales bien logradas o por lo menos provenientes de Tribunales integrados por varios miembros donde se haya generado problema, discusión o pensamiento para decidir el planteamiento del problema al caso controvertido o sometido a decidir, siendo esta la intención, posicionar la definición de situaciones problemáticas dentro del marco de la construcción jurisprudencial vigente y novedosa. Destacando, eso sí, desde ya a la corriente doctrinal que propugnan por la obligatoria atención del precedente judicial al tomar decisiones, flexibilizando que esta regla tiene excepción como se ha dejado dicho por la Corte Constitucional.

Lo anteriormente señalado se plantea a partir de la metodología básica jurídica, pues, la interpretación de la información se alimenta de un conglomerado de normas judiciales vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

De igual forma, se advierte que no será fácil crear una rápida conciencia en la utilización de la jurisprudencia, se ha creído y se cree que la fuente absoluta es la Ley y que las demás herramientas son secundarias, tema del cual se analizará y se llegará a una tesis en el centro de este estudio.

Por lo anterior nos planteamos como problema de investigación el siguiente:
¿Cuál es la tendencia de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, respecto a la obligatoriedad del precedente?

1. OBJETIVOS

1.1 Objetivo General

Establecer la aplicabilidad del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal para que se expongan las razones u obstáculos que limitan o anulan su aplicación por los Jueces.

1.2 *Objetivos Específicos*

- Distinguir la temática del precedente jurisprudencial para precisar el manejo del concepto en el marco normativo.
- Destacar el carácter especial del precedente judicial y su amplia aplicación en los casos a que hubiere lugar.

2. JUSTIFICACIÓN

La jurisprudencia, en la actualidad se constituye como una de las instituciones jurídicas más importantes al momento en el que un Juez o Tribunal resuelve un juicio en el que se presenta dificultad, por lo que se entiende que la jurisprudencia emana conocimiento tanto en el aspecto técnico como en el metodológico, siendo en este sentido una forma de precedente judicial.

Por lo anterior, es necesario estudiar el problema de la obligatoriedad o vinculación de los jueces con el precedente judicial, si la tesis del precedente obra en su aplicación como ley propiamente o es un recurso alterno que en ultimas y difíciles situaciones se ha de aplicar, o por el contrario es la misma constitución la que legitima el denominado precedente con sus consecuencias jurídicas de aplicarlo o no por la judicatura e incluso por la administración pública en general, con esta institución se prefigura una seguridad jurídica, se desarrolla la jurisprudencia de las Cortes, Jueces y se difunden sus contenidos.

Corresponde decir, que el estudio del tema en investigación necesita ser analizado cuidadosamente, para crear una clara distinción entre sentencias ordinarias, jurisprudencia, decisiones en sala de unificación y precedente.

Realizada esta escisión se superan algunos problemas que hasta la fecha generan confusión, pues en ocasiones se trata nominalmente la jurisprudencia ordinaria como si fuera precedente y lo contrario, a sabiendas que son categorías que si bien provienen de órganos judiciales iguales su contenido y estructura varía enormemente, a tal punto de tener claras esas diferencias para no incurrir en errores inapropiados al utilizar la terminología sentencia, jurisprudencia, precedente, decisiones de unificación y consecuente con ello aplicar la correcta al administrar justicia creando distinciones en sus aplicaciones, lo cual solidifica y le da consistencia a cada una, que por demás son muy importantes.

3. HIPÓTESIS.

La aplicación del precedente judicial por los jueces penales sí garantiza la seguridad jurídica en materia penal en el Estado Social de Derecho.

Esto encuentra sustento jurídico en la Carta Política de 1991 que adopta una nueva doctrina judicial en materia de decisiones judiciales, no constituyendo leyes propiamente de un sistema formal ordinario, trazan una línea novedosa, y vinculante a los jueces al momento de resolver una pretensión judicial.

4. METODOLOGÍA

El precedente jurisprudencial penal como trabajo de investigación se realiza y alcanza su objetivo en base a la metodología básica jurídica, la información recaudada e interpretación neo-constitucional; se sustenta en normas jurídicas vigentes en el momento de abarcar su estudio, examinando distintos ordenamientos jurídicos de otras latitudes y el inicio, desarrollo y la vida independiente que hoy ocupa en el entorno judicial patrio. Es la Corte Constitucional quien traza las primeras líneas útiles para el abordaje del tema y es esa Corporación que finalmente purifica, propicia límites precisos entre jurisprudencia ordinaria y el precedente judicial. Concluyendo que el precedente judicial vincula a los jueces ante identidad de hechos y normas jurídicas aplicables para la solución del problema.

CAPÍTULO I

5.1. Antecedentes del Precedente Judicial.

Abordar el precedente judicial nos remite necesariamente a darle una mirada al origen de esta institución jurídica, siendo su fuente inicial el *Common Law*. Para González, la Jurisprudencia como institución tiene un pasado que se remonta muchos siglos atrás, que tuvo antecedentes en la Roma antigua cuando los integrantes del Colegio Sacerdotal estudiaban e interpretaban el Derecho elaborando verdaderos formularios que se observaban rigurosamente para la realización de toda índole de negocios y litigios (González, 2011 pág. 10), y se cimentó universalmente con la expedición de la ley de las XII tablas (*Lex XII tabularum*), (Floris Margadant, 1982, pág. 49 y s.s).

Tiempo después, esta labor fue enriquecida por los notables y conocidos jurisconsultos de épocas posteriores, la cual conoció su cúspide en el *Corpus Juris Civiles*, extendiéndose sus principios por toda Europa primero y a las nuevas tierras de Latinoamérica después de la colonización Europea.

Siguiendo a González, una de las características más significativas que se encuentra con el *common law* es que los Anglosajones, al igual que nosotros,

conocen el derecho estricto, sin embargo, en nuestro derecho se ha dado un papel prominentemente a la legislación por influencia del derecho Francés, mientras que en el derecho Inglés lo ha tenido la costumbre y la jurisprudencia o lo que se ha denominado el precedente (González, 2011, pág. 11), según lo expuesto anteriormente.

El sistema jurídico colombiano se erige sobre los cimientos del derecho legal, expresado por el legislativo en una Constitución, ley, tratados ratificados. Desde la perspectiva de los juristas ingleses el derecho común ha sido definido como “la ley civil de los habitantes formada, lo mismo por reglas escritas o estatutarias que por las no escrita o consuetudinarias”, tal y como hoy está concebido desde la época decimonónica está formado por un conjunto de normas no escritas (*unwritten*) y no promulgadas o sancionadas (*unenacted*). Se fundamenta, por tanto, en el Derecho adjetivo o formal (*adjective law*) de carácter eminentemente jurisprudencial. De ahí el dicho comúnmente utilizado por los juristas anglosajones de ***Remedies precede rights*** (Gámez, 2008, parr. 1), que podría traducirse por «la acción crea el derecho», y que hace referencia a que son las acciones o los procedimientos judiciales interpuestos antes los Tribunales los que dan pie a las decisiones de los jueces que, a su vez, crean el Derecho.

Desde finales del siglo XIX Colombia empieza a dar los primeros intentos en lo que se podría denominar el precedente, a través de un largo tiempo donde se

cambian e interpretan decisiones de los tribunales Españoles que son importadas hacía acá con los nombres de “doctrina legal probable” y “doctrina constitucional” cuya importancia era sopesar el sistema neo-románico con el nuestro. Con la Ley 153 de 1887¹ se da la apertura para la aplicación de lo que hoy se erige en jurisprudencia la que posteriormente fue modificada por la ley 169 de 1896, donde se da valor orientativo e indicativo a la misma, para ello se asumía un quantum mínimo decisorio de tres acerca de un mismo tema provenientes de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de casación, lo que a la postre tampoco era camisa de fuerza para darle plena aplicación, los Jueces podían dentro de sus potestades configurativas separarse de esas sentencias y abundar en aspectos distintos para la solución, más adelante ya se empiezan a decantar sistemas propios y con bien definidos postulados como el *common law* y el greco-romano.

5.2 El Sistema del *Common Law* o Anglosajón.

Todo Derecho tiene un devenir histórico, por ende El Common Law o Derecho consuetudinario también lo tiene. González Fortunatti, plantea que el término Common Law¹ es utilizado para referirse al conjunto de normas y reglas de carácter jurídico no escritas, pero que son sancionadas por la costumbre o la

¹ Con esta Ley se da advenimiento a la inclusión en el sistema jurídico colombiano de lo que se denomina jurisprudencia, norma que posteriormente fue modificada por la Ley 169 de 1896 y que hace referencia a reformas judiciales de leyes existentes en Colombia. Asimismo, se adiciona y reforma los códigos nacionales judiciales, la Ley 61 de 1886 y La 57 de 1887.

Jurisprudencia, y se constituyen en fundamento ineludible en el Derecho de los países anglosajones. Este nombre proviene de la concepción del Derecho medieval inglés, el cual era administrado por los tribunales del reino y reflejaba las costumbres comunes (del inglés, “*common*”) imperantes o vigentes en el mismo. Este sistema legal rige en Inglaterra y en todos los países que, como Canadá o Estados Unidos, fueron colonias británicas (González, 2011, pág. 23).

El *common law* tal y como lo señala González, parte del principio de que se ha de resolver casos judiciales tomando como referencia las sentencias judiciales previas proferidas por los Tribunales de apelación o los de primera instancia, en vez de someterse en exclusiva a las leyes escritas creadas por los cuerpos legislativos. Y es este principio el que justamente distingue el *common law* del sistema del *Derecho continental europeo* y del resto de los países seguidores de esa tradición jurídica. Mientras que, en el ámbito continental, los jueces resuelven los casos fundamentando sus sentencias en preceptos legales fijados con antelación, en el *common law*, los jueces definen el litigio analizando el caso concreto aplicando precedentes similares, el modelo *common law* no se nutre solo del precedente también aplican, la ley, la costumbre, la doctrina que paulatinamente va alternándose con el precedente.

Asimismo, afirma González que cuando se reúne un número de sentencias judiciales sobre una serie concreta de respuestas semejantes, se extraen reglas

generales o precedentes, que se convierten en guías orientativas para cuando los jueces tengan que resolver casos análogos en el futuro. No obstante, los casos posteriores pueden contener distintos hechos y consideraciones derivados, por ejemplo, de cambios sociales o de diferentes condiciones tecnológicas.

Así, según lo planteado anteriormente, un juez del *common law* tiene la libertad para disentir de la doctrina establecida por el precedente y para disponer una nueva regla para la decisión, que a su vez se ha de convertir en un nuevo precedente si es aceptada y usada por otros jueces; es así como el *common law* mantiene una continua dinámica de cambio. En el sistema continental europeo, la jurisprudencia sirve de orientación y guía interpretativa, pero los jueces no están obligados a obedecer tales precedentes.

Para definir y clarificar la ley, en todos los sistemas del *common law*, se perfila una estructura piramidal de tribunales. En la base de esta pirámide se halla el *trial court* (en inglés, tribunal de primera instancia) y por encima de los tribunales de primera instancia se encuentran los tribunales de apelación, compuestos en exclusiva por jueces responsables de dirimir las controversias que se susciten en primera instancia, estas son las llamadas Cortes o tribunales de apelaciones. Es preciso señalar, tal y como sostiene González, que estas discusiones se centran en averiguar si los tribunales de primera instancia han aplicado los principios legales correctos y si han extraído las conclusiones adecuadas de los datos de

hechos probados en los casos civiles. Las interpretaciones de la ley hechas por los Tribunales de apelación se constituyen en precedentes que informarán las resoluciones de casos futuros.

Es preciso tener en cuenta que la importancia de un precedente para cualquier tribunal depende de la posición del tribunal en la estructura jerarquizada ya descrita. Por ejemplo, un precedente establecido por un tribunal de apelación tiene una fuerza jurídica mayor para los tribunales de primera instancia que para el resto de los otros tribunales de apelación. En la actualidad, aún surge el debate si el *Common Law* resuelve mejor los procesos en justicia o, por el contrario, la Ley propia del sistema Continental, que tampoco es perfecto ni siquiera ideológicamente, los hechos y las normas no son todo lo que se necesita para administrar justicia en ninguna parte del mundo; se variopinta una cromatografía de teorías y leyes que hacen discurrir casi siempre de forma diversa. Puede que haya en uno u otro caso, similares situaciones tanto fácticas como jurídicas, pero siempre habrá que superar o evolucionar lo que hasta el presente se ha conseguido.

5.3 El *Common Law* en los Estados Unidos. (Génesis y Evolución)

La organización jurídica de Estados Unidos de Norteamérica se estructura igual

que la de casi todos los Estados democráticos del mundo, en normas escritas, a saber, constitución, leyes, decretos, ordenanzas. Pero paralelamente a ello se pone en práctica las decisiones que los tribunales de apelación y de instancia han producido, lo cual sirve como un marco referencial para los casos que llegasen a presentarse.

Si bien Estados Unidos de Norteamérica tiene su propia Constitución Nacional, también cada Estado tiene la autonomía para crear sus leyes y aplicarlas sin que contraríen la Constitución Nacional. “Los Estados Unidos, no obstante tener su constitución y diferenciarse en ello de Inglaterra –a cuyos habitantes dejaron en la felicidad de la Carta Magna de 1215- adoptaron, respecto del derecho privado- el sistema del common law. Es decir, tienen también dos cuerpos de normas: un derecho escrito, las leyes ordinarias originadas en el Congreso, y un derecho común, denominado common law, surgido de la actividad judicial, en las causas que constituyen en los conflictos privados un case law”.

Según Walker citado por Ghirardi, en Estados Unidos El derecho es una colección de principios y la ciencia del derecho no trata de ellos en cuanto a principios abstractos, sino en cuanto se refieren a las cosas concretas; esto naturalmente, implica una actitud como la que hemos denominado actitud inglesa (Ghirardi, s.f.a).

Asimismo, Ghirardi señala que Walker destaca aspecto empirista del espíritu anglosajón inglés, que sus primos americanos adoptaron, de tal manera que los investigadores y los juristas nunca descienden de lo general a lo particular; y tampoco ascienden de lo particular a lo general, que es el método adecuado para descubrir la verdad científica. Diríamos que, en el caso particular del *common law*, van de lo singular a lo singular, característica típica de su particular ciencia jurídica.

Lo anteriormente esbozado es claro para destacar que, en una concepción realmente empírica, en la que los jueces parten siempre de lo singular y concreto y se esmeran por encontrar un precedente que se adecue al caso, también singular y concreto, el método no puede ser el mismo.

Cuan preciso es señalar la dinámica que se da en la realidad histórica, cuya materia nutre a la ciencia jurídica y a las ciencias sociales en general, es mutable, variable, cambiante, según los lugares y los tiempos, pues las ciencias jurídicas viven un constante cambio determinado por la actividad de la sociedad, es que se hace totalmente obligatorio e imprescindible que se evolucione al tiempo en que se trazan las sociedades su sistema de desarrollo. No en vano se dice que son las sociedades las que se transforman sino que a su lado o detrás el sistema que los rige o guiará, el hombre es un ser en constante mutación biológica, social y asimilando lo del mundo circundante, de ello se puede concluir que aunque el

derecho sea escrito (constituciones, leyes, decretos, resoluciones, acuerdos) siempre habrá un espacio para la flexibilidad de las normas, lo cual no le quita validez sino por el contrario se propicia adaptarlas a las nuevas realidades.

Ahora bien, si se mira con detenimiento la cuestión, una constitución de alguna manera cristaliza una concepción política y jurídica. Pues bien, Estados Unidos no es la excepción, en este se dio una Constitución definitiva para el año 1787, con la que se logró una unión más perfecta entre los Estados que lo conformaron como nación. Señala Ghirardi que, para Walker, en ese régimen, la Constitución es la ley suprema pero no la fundamental. De esa manera, el *common law* fue reconocido como la ley de la tierra, ello por cuanto adoptó viejos principios ingleses, tradicionales costumbres, que fueron adaptadas en un nuevo medio natural, social y según las circunstancias vividas por el pueblo de las colonias americanas.

Asimismo, hubo un gran número de abogados coloniales que habían estudiado en Inglaterra y tenían un perfecto conocimiento del sistema del *common law* inglés. Este aspecto fue muy importante, es decir, el *common law* norteamericano contribuyó a preservar la unidad de la Nación, fortaleció la convivencia solidaria, controló y reforzó la tarea del estado y mantuvo la integridad familiar. Otro aspecto para señalar es el afianzamiento de los principios fundamentales, lo cual consolidó como sistema jurídico nacional, en forma coherente, pacífica y ordenada.

Se debe precisar que la unidad jurídica de la Nación, en sus principios y en sus formalidades, devino tan sólida, como la unidad política y en esta tarea, insignes juristas y prestigiosos jueces tuvieron un papel fundamental. Es probable que este sea el origen o primer elemento creador para que se consolidara lo que hoy es el *common law*. El derecho estaba cambiando y eso fue tomado en cuenta por algunos hombres empíricos y pragmáticos, que tuvieron el tino de advertir que el derecho está siempre “adoptando nuevos principios de la vida, por un lado, y reteniendo otros viejos de la historia, por otro lado”, según expresiones de Holmes y esbozadas por (Ghirardi. s.f.b.)

Lo meritorio del asunto consistía en hacer compatibles ambos aspectos y eso es lo que se tiene en la actualidad. El derecho consuetudinario que se recibió fue reformado y se constituyó en un referente propio y nacional, que el pueblo apreció y respetó. Nunca se dejó de lado los acontecimientos sucedidos al interior de la sociedad, tampoco el derecho natural; se implementa un sistema de solucionar los casos judiciales mediante los principios, que no siempre están en códigos, con experiencias anteriores lo que de paso mantenía el sistema coherente, la sociedad lo respetaba, es decir, la aplicación del derecho no dependía exactamente de una ley sino de lo ya realizado por tribunales y jueces cuando solucionaban un litigio.

Así hoy se tiene que aún en los países con sistemas legales escriturales como

el de Colombia, donde la ley obra como primer factor a aplicar, jamás se ha dejado de lado ni la jurisprudencia, ni la doctrina lo que se experimenta es una mixtura o simbiosis jurídica, e inclusive en la solución se invierte una gran fundamentación

Filosófica de modo que el origen mediato del sistema norteamericano lo conforma de forma general la aplicación de decisiones anteriores a casos posteriores y de esto se fortalece.

Los juristas de los Estados Unidos, en verdad, reelaboraron el *common law* según su propia perspectiva y contribuyeron a definirlo como un campo de principios derivados originariamente de costumbres que estaban contenidos en los fallos de los Tribunales supremos y también en leyes ad hoc promulgadas para corregir o ampliar las decisiones de los jueces. No obstante, en general, los norteamericanos no fueron nunca partidarios de una codificación general de las normas jurídicas.

Esto equivale tanto como a no compartir la predilección por el derecho civil codificado (*civil law*). El elemento clave de la perdurabilidad del *common law* es la existencia, en el sistema, de la doctrina del precedente obligatorio, que hicieron suyo. Todo condujo, por propia gravitación, a admitir que las decisiones de los tribunales superiores de la jerarquía judicial eran obligatorias, de tal manera que el

propio Tribunal supremo del país quedaba vinculado por sus mismas sentencias, lo que en nuestro país se le denomina precedente horizontal, también los tribunales de primera instancia quedaban obligados con los emitidos por las cortes o tribunales de apelaciones, precedente vertical que los vinculaba totalmente. Por las anotaciones anteriores el Estado Norteamericano estableció un sistema que, al mismo tiempo que otorgaba seguridad y estabilidad jurídica, tenía siempre la puerta abierta y era flexible a las nuevas evoluciones sociales y a los cambios que la época de la tecnología aportaba al progreso de la nación. Ello, unido a una serie de jueces sabios, prudentes, honestos y pragmáticos, hizo el resto.

La mayor parte del *common law* inglés, tal y como existía antes de la independencia de Estados Unidos, 4 de julio de 1776, ha sido conservado en los distintos sistemas legales. El *common law* ha variado en cada Estado, pero sólo en uno de ellos, de Luisiana, el sistema legal difiere de una forma significativa de los demás, pues se basa en el modelo francés de Derecho civil codificado (Enciclopedia Jurídica de Derecho).

Desde la separación de Estados Unidos de Inglaterra llega igual que otras condiciones heredadas la normatividad, ello es muy frecuente al colonizar un país a otro o separarse, se derivan en ambos muchas situaciones sociales, políticas, económicas, dogmáticas, comunes que en el desarrollo como Estados independientes van haciendo imperar las compatibles con su

autodeterminación, pero se empieza por lo existente, ya que las sociedades tienden a conservar sus costumbres y reglas de comportamientos, aspectos tampoco ajenos al derecho de ninguna nación que suele auto regularse o crear un sistema propio.

5.4 El Precedente Judicial en Colombia.

Desde el punto de vista etimológico, la palabra jurisprudencia viene del latín *jurisprudencia*, concepto del genitivo *ius-iuris* “derecho” y *prudencia*, contracción de *providencia* (previsión), designa a la conciencia del derecho, al conjunto de sentencias de los tribunales y la doctrina que contiene los criterios establecidos ante cualquier problema jurídico, originados en una pluralidad de sentencias concordantes (Etimologías de Chile, 2015). Indiscutiblemente, la creación del Derecho en la sociedad occidental se debe a los romanos, así lo ratifica toda la literatura que aborda la Historia del Derecho y el Derecho Romano como tal. Fueron ellos, precisamente, los encargados de forjar una gran cultura jurídica como aporte para consolidar lo que en muchos países tenemos, por supuesto crearon jurisprudencia.

Desde estas primeras líneas ha de señalarse que no es un tema pacífico que en Colombia se acoja el precedente judicial como fórmula común a recurrir en la

adopción de decisiones judiciales. Ha sido y seguro que como lo muestra la historia y tradición judicial, lo primero será la ley y en segundo lugar estará el precedente. Sin embargo, hay que destacar que bastante se ha recorrido y hoy, ya hay claro panorama en dos corrientes enfrentadas que, en síntesis, contribuyen a ilustrar más ampliamente lo que en el presente se estila en relación con esta novedosa materia en el derecho colombiano.

Con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, el país comienza a experimentar una pluralidad de instituciones nuevas y a reglamentar la mayoría ya existentes en la Constitución de 1886. En lo que al tema del precedente jurisprudencial hace referencia, este se empieza a aplicar en el año 1991, dado que antes de este momento se hablaba de doctrina probable, lo cual tuvo su nacimiento a través de la Ley 169 de 1896 cuando en su artículo 4 introdujo el concepto de doctrina probable. Esta consistía en que tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituye doctrina probable y los Jueces podían aplicarla en casos análogos, lo cual no obstaba para que la Corte variara la doctrina en caso de que se juzgara de manera errónea alguna de esas decisiones.

La doctrina probable tuvo vida jurídica en 1896 hasta 1991, cuando se crea la Corte Constitucional y se expide el Decreto 2067 de 1991, por medio del cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante

la Corte Constitucional y que en sus artículos 21 y 23 regular todo lo relacionado con la cosa juzgada constitucional previsto en el artículo 243 de la Carta que establece: ARTÍCULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

En la sentencia T- 406 de 1992, cuyo Magistrado Ponente es el Dr. Ciro Angarita Barón, la Corte Constitucional desarrolla más adecuadamente el precedente y afirma que “Es innegable el valor pedagógico e incluso normativo-general de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional” (López, 2011, pág. 31). A partir de allí empieza a destacarse su importancia, y el alcance apenas vislumbrarse en el panorama nacional colocándole el nombre de <<doctrina constitucional>>. De igual manera, el Decreto 2067 de 1991, en su artículo 21 señala que "las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares" (Corte Constitucional, 1991). Debe distinguirse que produce dos tipos de decisiones, las de constitucionalidad que son *erga omnes*, de imperativo cumplimiento y las de tutela, que solo tienen

eficacia y fuerza imperativa, en el caso en que se produce.

En la acción de tutela se resuelve un problema personal e individual, por tanto lo decidido tiene fuerza imperativa para ese caso. Ello se deduce con claridad del contenido del artículo 86 al establecer:

Esta sentencia no distingue entre fallos de tutela o de constitucionalidad, y es precisamente a partir de ella que se empieza a confeccionar la teoría del precedente, aunque sin la debida claridad. Es preciso señalar que era necesario entrar en esos aspectos para emprender lo que hoy se tiene, lo que por sus muchos estudios posteriores la han ido mejorando para que en cada oportunidad la Corte la decante más hacia lo que en un futuro muy corto será aceptada y aplicada como seguramente sucederá. La sentencia no hace diferencia entre los tipos de fallos, pero la Constitución si hace esa diferencia en los artículos 243 y en el artículo 230. En el primero se refiere a los fallos de constitucionalidad que produce cosa juzgada constitucional y en el 230 a todos los demás, dentro de los que están incluidos los de tutela.

Desde el mismo análisis, pero observando fallos de Tribunales Internacionales Tienen gran fundamento y observancia constitucional el precedente de los fallos de los Tribunales Internacionales sobre Derechos Humanos partiendo de lo

dispuesto en el artículo 93 de la Carta donde se establece.

La consolidación del precedente tuvo su periodo definitivo en Colombia entre los años 1995 al 2000, mediante los fallos de las sentencias T-123 de 1995 del Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y C - 083 de 1995 del Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. En la primera de las citadas se propone y establece un sistema concreto de disciplina para acatar la jurisprudencia, donde los Jueces tienen obligación cierta de atender los distintos pronunciamientos que constituyan el derecho actual que viene a sumarse hoy día a la Constitución y a la Ley. Considerando el nacimiento del precedente desde las primeras sentencias de la Corte, puesto que, en la parte resolutive de las tutelas, se quiso imponerle un carácter obligatorio y general.

De la misma forma la Corte en la segunda, respalda la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho. La Corte Constitucional traza una línea de interpretación de normas creadas por el legislador ordinario produciendo decisiones que si bien no son fuentes formales del derecho vinculan vertical y horizontalmente al Juez al resolver casos similares, lo que viene a constituir hoy día empezar a abandonar el criterio de ley formal como sustento jurídico único para la solución legal. Se reinterpreta el artículo 230 de la Carta en sentido amplio y de contenido abierto, ello como se sabe ha propiciado enfrentamientos entre un sector de la doctrina y las decisiones de las altas cortes, en especial la

constitucional y la suprema de justicia.

El precedente judicial en Colombia tiene su génesis general en los Tribunales de Cierre, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura. En la práctica suelen clasificarse diferentes precedentes provenientes de la administración pública, inclusive de la parte ejecutiva pero, en este específico abordaje se refiere al judicial, particularmente al penal que es creado en esencia por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para ilustrar lo enunciado se cita el aparte siguiente de la sentencia C-539 del 2011 del Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva,

Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que, como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la Ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad – art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de

ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política”.

También es decisión de la Corte Suprema de Justicia la sentencia 39456 de 2013 donde es Magistrado ponente José Luis Barceló Camacho “...la Sala de Casación Penal tiene dicho que son varias las razones que permiten afirmar que no solamente la ley es fuente de derecho sino también los procesos propios de su aplicación por parte de las autoridades que tienen la competencia constitucional para hacerlo, como así sucede con la jurisprudencia.

Entre los motivos que apoyan la tesis que le otorga poder normativo y, por lo tanto, fuerza vinculante a la jurisprudencia de las Altas Cortes se tiene el de la coherencia, según la cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se defina de forma distinta, pues tal disparidad de criterios comportaría una trasgresión de garantías fundamentales, tales como el derecho a la igualdad, así como inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan de manera uniforme los conflictos derivados de casos concretos.

A su turno, la coherencia del sistema constituye uno de los presupuestos del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables y uniformes.

Conceder fuerza vinculante a la jurisprudencia también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora, la cual puede derivar, en algunos casos, en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues, en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida.

También la aplicación del derecho por parte de su legítimo intérprete (jurisprudencia) es fuente de derecho, al igual que se predica de la Ley. Ello encuentra su razón de ser en que de tiempo atrás se ha aclarado que el artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez sólo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros.

La Corte Constitucional en la sentencia 836 de 2001, cuyo Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, relativo a la obligación de aplicar el precedente dijo: 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 – si no 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. necesariamente 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.

Asimismo, se corrobora en numeral 15 de la aludida sentencia que,

es 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 (Rodrigo Escobar Gil), 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.

Acorde con lo anterior se haya definido en el numeral 16 de la sentencia en cita

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 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.

Todo ello sin desconocer los producidos por los Tribunales Superiores de Distrito en sus salas penales, que en muchas ocasiones son retomados por la sala penal de la Corte Suprema para darle mayor ratificación y alcance nacional, lo que permite unificarla porque es del tema decirlo, algunas decisiones que hoy día son precedentes de la Corte Suprema, encuentran su inicial origen en jurisprudencias de salas de tribunales superiores de distrito, que por vía de casación, revisión y tutela llegan a estas pero que resultan aceptados y complementadas para adquirir la calidad de precedente o jurisprudencia.

Se producen jurisprudencias en Tribunales que son motivo de constantes consultas por su trayectoria y por la diversidad de aspectos que estudian y merecen ser tenidos como puntos o referencias ilustrativas, entre ellos los Tribunales de Bogotá, Cundinamarca, Medellín y Antioquia, que se dice en el medio jurídico, son juiciosos y ponderados al decidir o que han creado la posibilidad de tenerlos en cuenta e inclusive, su producción decisoria es fácilmente consultable en libros, revistas y en no pocos momentos históricos, inclusive se han apartado de decisiones de las altas Cortes.

En líneas anteriores se ha venido abordando el concepto del precedente jurisprudencial y sus órganos de producción vertical y horizontal; el que ha emanado, de las altas Cortes, así como también de los Jueces de menor jerarquía. Ese concepto que deviene de las instancias de cierre se remonta a la decisión de la sentencia C- 104 de 1993 del Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, mientras que el otro se desprende de la decisión de la sentencia C- 836 de 2001 del Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Decisión que es revisada por la Corte Constitucional para determinar la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 169 de 1986. Sin embargo, no ha sido tema de poca discusión la aceptación del precedente jurisprudencial en Colombia como vinculante para resolver casos y tomar decisiones, aún hoy con la claridad que lo ha expuesto y desarrollado la doctrina patria hay resistencia en darle aplicación a este tema, quizá, por desconocimiento de los funcionarios que cuentan con una herramienta de total reconocimiento en el ámbito nacional y respaldada por la Ley.

A este respecto la Corte Constitucional, abundando en el precedente ha reconocido que, si bien es obligatorio o vinculante, ello no vulnera la autonomía de los Jueces cuando dejen de aplicarlo sustentando argumentativa y suficientemente la no aplicación e incorporando su disenso en el cuerpo motivo de la decisión.

Quizá una manifestación del arraigo que empieza a cobrar el precedente jurisprudencial en Colombia, se inicia por parte del Congreso de la República al tener presente la jurisprudencia del precedente, es así que en leyes ordinarias se decide incorporar como Ley y no como fuente o criterio auxiliar. Así vemos como el legislativo en la elaboración de leyes al estudiarlas tiene muy en cuenta los fallos de constitucionalidad, que por supuesto, son obligatorios so pena de retirar la ley posteriormente del nuevo ordenamiento jurídico por no observar y obligarse con su jurisprudencia. De lo anterior resulta obvio que si los fallos de constitucionalidad producen efectos de cosa juzgada constitucional, el Congreso, de manera obligatoria e imperativa debe tenerlos en cuenta, porque se le tiene prohibido que reproduzca los que han sido declarados inexecutable y porque la legislación que dicte debe hacerla de conformidad con los parámetros constitucionales, entre los que está no solo el texto de la Carta, sino la jurisprudencia de Constitucionalidad, los tratados y todo lo que constituye el Bloque de Constitucionalidad que ha sido deducido por la Corte Constitucional arrancando del artículo 93.

Últimamente las Cortes, con sus fallos modulan leyes, especialmente la Corte Constitucional, las cuales al ser reelaboradas o adicionadas en el Congreso o el Ejecutivo obligan a confeccionarlas como se ha expresado en decisiones antecedentes acatando precedentes de constitucionalidad, lo que en verdad materializa la idea nacida de la Corte Constitucional, que por lo menos las decisiones de las altas Cortes deben ser tenidas en cuenta al elaborar las leyes,

es decir, que en la formación de las leyes en el congreso se empieza a darle valor y aplicación a los precedentes de las distintas Cortes, lo que en mi criterio no es redundante, ni se cae en omisión ni exageración por examinarlos, antes sirven como orientadores por ser decisiones de los más estudiosos del derecho.

Lo anteriormente señalado se estipula en la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Este señala de manera literal, en su artículo 10, que es <<Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia>>. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

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.

El Artículo 10 de Ley 1437 de 2011 fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011, cuyo Magistrado Ponente es Luis Ernesto Vargas Silva en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad (Corte Constitucional, 2011).

La norma señalada reitera en una legislación especial como lo es, la contenciosa administrativa tener en cuenta las decisiones igualmente del Consejo de Estado, es decir, estudiar sus decisiones, aspecto este que nuevamente remite a los jueces a examinar las decisiones de otra alta Corte.

Con mucho acierto y en el futuro cercano, desde ya, se considera que esta materia va a venir en sentido idéntico en las restantes legislaciones que se aprueban en Colombia, pues ella hace parte del principio de igualdad, debido proceso procesal, confianza legítima que los asociados deben al Estado y

recíprocamente. Desde luego, la aceptación tendrá un proceso evolutivo lento, pues la tradición nuestra es como se ha repetido tantas veces en esta elaboración, que todo se resuelve por vía legal, en el entendido que la jurisprudencia era secundaria y como tal constituye un referente residual cuando ya no había posibilidad de recurrir a la Ley ordinaria, mentalidad que a futuro inmediato debe evolucionar en pro de una dinámica neo-constitucional acorde a los sistemas constitucionales modernos o del denominado activismo judicial, neo - constitucionalismo y que dignifiquen no solo al hombre sino que las normas estén a su servicio para alcanzar los fines que entraña la categoría de persona en un Estado social y democrático de derecho como el consagrado en la Carta Política de 1991 en su apartado segundo.

Con lo anterior no pretendo concluir que el Juez administrativo deba fallar de idéntica forma con la anterior jurisprudencia, no, se refiere es a que deberá tenerla en cuenta, lo que se traduce en que no puede desconocer la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe estudiarla y referirse a ella si la encuentra acorde a la situación fáctica, pero de forma alguna se dice que apodícticamente deba aplicarla.

El precedente se configura con una sola decisión judicial de las Cortes de Cierre o de los Tribunales, descartando que se tengan que producir varias decisiones judiciales – cuando menos – tres acerca del mismo tema de derecho o

que guarde similitud para garantizar el principio de igualdad y debido proceso general. Separación que dista de lo que se denominó “doctrina probable” o “doctrina legal constitucional” que requería tanto de una carga argumentativa como cuantitativa, como si lo importante o el marco judicial descansara en la cantidad y no en la calidad de los argumentos seleccionados, por fortuna superada esa categorización que bien funcionó en su momento permitió permear también posturas que se consolidaban quizá subjetivamente.

Por qué esperar tres decisiones uniformes acerca de un mismo punto de derecho por la Corte si una era el culmen de lo requerido para satisfacer cualquier faltante de lo que representaba una variedad de la tónica judicial, lo que hace aceptable, justa y obligatoria una decisión no es el número de decisiones que se repitan de la misma, el mayor sentido y valor real lo constituye el contenido de justicia que se prodigue en el texto, pero en modo alguno la cantidad, porque no se trata que se apruebe o acepte una decisión por su reiteración sino por su contenido en justicia.

A pesar que esta investigación se delimita al área penal y sus fines están destinados a realizar su mayor elaboración en el campo penal, estricto *sensu*, no se puede desconocer la incidencia del precedente jurisprudencial, inclusive en otras áreas del Derecho, pues, si la decisión jurisprudencial se originó en una instancia Administrativa pero irradia efectos penales será observada por la

jurisdicción en Penal, en general en la administración pública y para los particulares, porque si la jurisprudencia de precedentes es obligatoria, como se ha dejado dicho en esta propedéutica, y es ley, entonces, no solo puede ser válida y aplicable en el campo penal o procedimiento penal, sino en aquellas materias que abarquen el tema, pues la ley no es particular, salvo excepciones dichas claramente, el sentido y la aplicación es abstracta, general e impersonal y los ciudadanos le debemos obediencia.

Por eso el origen del precedente, tema de este estudio, no es en principio de origen penal, sino constitucional, lo que lleva ínsito que la obligatoriedad, validez y obediencia de los fallos jurisprudenciales devienen de la Carta Política, de ahí que no se quiera entender o limitar su alcance a la materia de la especie, pues, la aplicabilidad es mucho más amplia. La Carta Política irradia su contenido no solo en el texto literal, sino también en la interpretación y decisión que al respecto se diga por los miembros de la Corte Constitucional cuando interpretan la Carta Política.

En este orden de ideas, si un tema de Derecho Administrativo es debatido en esa especial clase de Derecho, desconocer una decisión jurisprudencial penal al resolverlo constituye no solo la invalidez del acto administrativo que se expida para darle trámite o solución, sino además que el servidor público pueda resultar objetivamente inmerso en una falta disciplinaria, en prevaricato, materias

totalmente disimiles al tema tratado, e inclusive más riguroso esa decisión es constitutiva de una vía de hecho lo que hace procedente el amparo o protección por vía de tutela, según se verá más adelante y es doctrina consolidada tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, porque dentro de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela está consagrada la violación al precedente jurisprudencial.

Lo expuesto aquí permite afirmar que la seguridad jurídica, igualdad, debido proceso no pueden estar, en un Estado Social de Derecho, al gusto o preferencia de los servidores públicos ni al capricho de los particulares, puesto que es Ley para todos y por tanto imperativa, lo que establece unas claras reglas de competencia y obligatoriedad de acatar decisiones de órganos judiciales que la misma ley les haya prodigado esa entidad.

El incumplimiento por parte del servidor público de una sentencia de constitucionalidad lo hace incurso en el delito de prevaricato, como así lo sostuvo la Corte Constitucional en una de sus decisiones. El incumplimiento de cualquier otra decisión judicial, debidamente razonada para demostrar el error del precedente, no constituye prevaricato.

Las tendencias que imperan hoy universalmente en la resolución judicial de

casos sometidos a la judicatura son dos. La primera, la tendencia positivista o normativa que plantea la solución desde un enfoque sustentado en la norma expedida por el Congreso, o por el Presidente o regente del ejecutivo, donde el sistema de fuente formal de la ley se levanta ante cualquier intento de utilizar mecanismos o premisas distintas a la ley propiamente dicha, lo que desde luego, a lo largo del estudio se ha planteado si no está en la ley regulando la situación fáctico-probatoria problemática la solución es extra-jurídica - atípica rebasa el Juez su función, pues no puede crear ley, solo la interpreta y aplica generándose con ello vacíos que son difíciles de llenar ante la ausencia de norma exacta. Y la segunda, la aplicación de precedentes, principios, jurisprudencia doctrina pero que siempre conlleven una técnica jurídica y un método con su respectiva argumentación, es decir, aunque no sea la ley el medio exacto para aplicar al litigio siempre se tendrá que acudir a decisiones y ciencias auxiliares que faciliten una mejor dispensa de justicia. La casuística es infinita y siempre se encontrarán muchos casos, que no tienen precedente en la jurisprudencia. No se puede pretender que el juez todo lo tenga resuelto en la ley o en la jurisprudencia.

En cambio el Juez o Tribunal norteamericano, también llamado *common law*, vigente en gran parte de los países que practican el sistema Anglosajón, los cuales según las reglas o principios jurídicos, caracteriza este sistema primordialmente, en decisiones adoptadas por los tribunales en oposición a los sistemas de fuentes formales de la ley, es decir, se trata de un derecho eminentemente jurisprudencial, donde el derecho no tiene como fuente la ley sino

los hechos sometidos al Juez que vienen a ser resueltos aplicando principios y jurisprudencias, pero también la costumbre y la doctrina son fuentes principales del derecho anglosajón.

Por ejemplo, Judicial *Precedent* o *Case law*, lo que en lenguaje jurídico patrio denominamos jurisprudencia. De esta forma de sistemas citados, se puede decir que el anglosajón no devela un apego a la norma, al dogma, lo cual no se traduce en que en esos países no haya leyes, decretos, ordenanzas, sino que el Juez o los tribunales acuden a la experiencia de casos resueltos con anterioridad o aplicando principios, usos o costumbre. Resuelven los casos acudiendo a una pluralidad de antecedentes judiciales emanados de los Tribunales de primera instancia o Corte de apelaciones.

En el caso colombiano y citando el artículo 230 de la Carta Política expresa "los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial" (Constitución Política de Colombia, 1991). El artículo citado ha dado lugar a no pocos debates entre doctrinantes e intérpretes de la norma. Los que defienden el imperio de la ley como único sustento legal para resolver procesos sometidos a jurisdicción, adscribiéndose al sistema de fuentes formales de la ley como es el conocido tratadista, investigador y ex magistrado de la Corte Suprema de justicia Tamayo Jaramillo quien niega toda obligatoriedad de

solucionar o tomar decisiones acudiendo exclusivamente al precedente jurisprudencial rescatando que es la ley en sentido formal la fuente de única a atender y que la jurisprudencia es criterio auxiliar.

Los que incluyen su postura que la jurisprudencia de precedentes es obligatoria como la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Consejo de Estado, indican que las jurisprudencias son criterios auxiliares, que no secundarios a la ley como lo interpretan algunos, lo auxiliar constituye la misma ley cuando se argumenta y satisface la justa solución, eso sí dejando un amplio margen para quien no esté conforme el precedente jurisprudencial, se desligue o inaplique cumpliendo con las cargas impuestas por la misma Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001, dice que debe apartarse de la jurisprudencia cuando ocurra uno de los siguientes supuestos: 1. “Que a pesar de que existan similitud entre el caso que deba resolver y uno resuelto por una alta Corte "existan diferencias relevantes no consideradas en el primero, y que impidan igualarlos” (Corte Constitucional - Colombia. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil, 2001), 2. Se presenta cuando la jurisprudencia habiendo sido adecuada a una situación social determinada no responda al cambio social posterior, 3. El juez puede apartarse considerando que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, principios en que se fundamenta el ordenamiento jurídico y 4. Se puede apartar por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, a un cambio constitucional o legal relevante.

Esta postura podría decirse desde ya, es flexible en la medida que permite desligarse de la obligación del precedente y crear una distinta, considerando los enunciados numerales.

La teoría del precedente judicial en los actuales momentos ha resultado ser una herramienta de gran valor y así lo viene aceptando nuestro sistema jurídico. Esa teoría permite desarrollar el derecho constitucional, penal y procesal penal, entre otros, mediante una correcta aceptación de la jurisprudencia que se produce por la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado Colombiana, la jurisprudencia extranjera no tiene valor entre nosotros, más que como un criterio auxiliar, porque la única jurisprudencia que debe ser tenida en cuenta es la de los Tribunales internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Uno de los objetivos específicos, en establecer líneas jurisprudenciales y localizar sus reglas estructurales, es lograr ubicar una decisión judicial, dentro de la pertinencia de una línea jurisprudencial y por otra parte, manejar la teoría del precedente es establecer cuando se está frente a una *ratio decidendi*, *obiter dicta* o *decisum*, permitiendo y desarrollando habilidades, destrezas, conocimientos y valores para la interpretación y aplicación directa de la Constitución política de 1.991, y con más razón dentro del sistema penal acusatorio, de índole oral-

adversarial (EL INFORMADOR, 01-04, 2011, parr 1).

De tal modo que las decisiones emanadas de los organismos judiciales de cierre que resuelven un tema específico y cuyo pronunciamiento se erija acorde a la Constitución, tratados, leyes y jurisprudencias pueden tener alcance de precedente jurisprudencial; aquellas decisiones para ilustrar o de *obiter dictam* no línea jurisprudencial obligatoria, aunque pueden armonizar leve o medianamente el tema, pero no satisface por completo la teoría del precedente que se empieza a forjar.

De lo anotado se dice o permite adelantar que no todas las decisiones judiciales tienen fuerza vinculante y menos son precedentes jurisprudenciales. Por mencionar una que es expedida por la Corte Suprema de Justicia y que no es precedente ni jurisprudencia la constituye la definición de un recurso de apelación contra una sentencia de primera instancia proferida por un Tribunal de Distrito Judicial, donde la Corte revisa los aspectos de la apelación exclusivamente, expresión de ello es la sentencia que se expide cuando se investiga a un Juez o Fiscal y el fallo del recurso corresponde a la Corte Suprema, ese fallo de segunda instancia no es precedente, ni jurisprudencia propiamente dicha, es la sentencia de segunda instancia que define los puntos impugnados y enfrentados con la decisión recurrida.

Debe anotarse que, dada la especialidad de la Corte, por tal condición, se establece una cláusula de especialidad en el resorte de su competencia y por tanto su decisión merece una mejor atención, en ocasiones en el cuerpo de una decisión se analizan y critican aspectos que más que de disenso son de metodología o académicos necesarios observar como muy recurrente es la Corte cuando a ello se refiere pero que en verdad son argumentos de paso. Son la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, y la Constitucional sus adalides dentro de sus ocupaciones laborales las llamadas a producir, en principio, los precedentes a que nos referimos.

El alcance que tiene el precedente tratado es primero, obligatorio en la actividad administrativa, pues, por su carácter de autoridades públicas la Carta Política los regula obligatorios, mientras que en materia penal judicial los flexibiliza a cuenta de sustentar una argumentación suficiente, razonabilidad, variación de la situación social por parte del funcionario judicial, discurso que debe hacerse obedeciendo lo contenido de la decisión que se omite o se desprecia para convalidar exigencias democráticas, coherencia, seguridad jurídica e igualdad. La sentencia C-836 de 2001 sentó las bases de lo que es un precedente jurisprudencial, haciendo un desarrollo académico y primigenio de tal instituto. Repítase que fue la sentencia acabada de citar la que trajo el tema de la observancia, no solo de los fallos constitucionales sino de toda la jurisdicción ordinaria o común.

5.6. Precedente Judicial Según la Jurisprudencia.

Indiscutiblemente, tal y como se ha venido esbozando en líneas anteriores, el punto de partida del precedente jurisprudencial lo vino a constituir la sentencia C-836 del 2001, que textualmente expresa: “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” (Corte Constitucional, Colombia. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil, 2001).

En esta sentencia la Corte revisa la constitucionalidad del artículo 4 de la ley 169 de 1986, decisión que consagra tres razones de suma importancia: En primer lugar, la Corte posiciona la doctrina del precedente; en segundo aspecto se pronunció sobre el antiguo sistema que había controlado la jurisprudencia imperante en el país aproximadamente hasta 1991; tercero, esta sentencia abre el tema de la observancia y respeto al precedente.

En igual sentido, la sentencia C-104 de 1993 expone:

Tienen diferente fuerza jurídica, por disposición de la Constitución, la

jurisprudencia constitucional y el resto de la jurisprudencia del país. Es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia (Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero, 1993).

En esta decisión explica la Corte que la jurisprudencia tiene fuerza jurídica, por disposición de la Constitución, la jurisprudencia constitucional, de donde se infiere que la restante jurisprudencia colombiana si bien no puede tener fuerza para acatarse sí posibilita un sistema coherente, uniforme para propender por la seguridad jurídica. De todas formas, la jurisprudencia se hace necesaria sea cual fuere el papel o categoría que se le asigne.

5.7 Discusiones y Comentarios del Precedente Jurisprudencial

Sin duda alguna, el precedente jurisprudencial es una novedad jurídica útil que debe asentarse más en la actividad judicial y administrativa de los servidores públicos, su marco constitucional permite que no sea un criterio secundario si no un elemento o componente mismo de la ley, de lo que se puede decir la consonancia con esta categoría jurídica, de modo que no se torne su aprecio y eficacia en un problema dogmático sino en uno de justicia. Todo lo que hay en

producción y publicación del precedente ha servido y seguirá marcando un sendero de interpretación para cohesionar la administración de justicia al fallar y en lugar de generar duda alguna se estime como una solución acorde al decidir.

Al revisar el contenido del artículo 230 de la Carta Política, se puede extraer “Los jueces en sus providencias, solo están obligados al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (Constitución Política de Colombia. Artículo 230. Título VIII, 1991).

Esta norma en su redacción, interpretación y aplicación ha dado lugar a no pocas conclusiones diferentes. Por ejemplo, la Corte en la Sentencia C- 836 de 2001, reafirma que los precedentes jurisprudenciales son obligatorios y solo se dejan de cumplir cuando se satisface una carga mínima de argumentación al separarse de lo expresado y mandato de la Corte Constitucional, es decir, este es el criterio que hoy cobra mayor acogida por la judicatura, o mejor, más se ha decantado por la misma Corte e inclusive por la Suprema de Justicia, Consejo de Estado.

Así se reitera en la sentencia C-836 de 2001 que, en sus apartes resaltados en páginas precedentes, se confirió obligación de acatar el precedente por los jueces

y se expone en la misma literalidad seleccionada los específicos criterios axiológicos que al tema desarrolla la Corte Constitucional, por lo que no sería oportuno hacer nuevamente la remarcación de lo citado.

Al lado opuesto de esta tesis se levanta el criterio del ex - magistrado de la Corte Suprema de Justicia, sala Civil, tratadista Javier Tamayo Jaramillo, quien afirma que la Corte aplica una falacia al sostener que es obligatorio el precedente jurisprudencial, pues le están quitando autonomía a los jueces y solo es “*interpretación auténtica*” la que haga la Corte Constitucional, mandando un mensaje al Congreso para que legisle e interprete como ésta, aspecto que le parece no acertado y critica duramente la falta de autonomía a que están sometidos los Jueces si acatarán el precedente obligatorio. El citado tratadista en El precedente Judicial en Colombia, expone como argumento válido para no aplicar el precedente el siguiente

Obsérvese que la norma no dice que la gente no puede ser juzgada con base en jurisprudencias preexistentes, sino con base en leyes preexistentes. Por lo tanto, pretender montar paralelamente al sistema escrito previsto en la constitución un sistema de precedentes es como tratar de construir una catedral sobre otra. Si la carta permitiera el sistema de precedentes no me opondría a ello, pero a condición de que se guardase la coherencia interna y lógica que un sistema tal requiere (Tamayo, 2012 , pág. 8).

En la parte conclusiva de la obra página 10 el tratadista adverso al

precedente reitera:

De todo lo anterior podemos concluir que semánticamente, teleológica y sistemáticamente, los artículos 1, 3, 113, 29,230 de la Constitución están directa e internacionalmente estructurados como sistema jurídico idóneo para garantizar el estado de derecho y, que, por lo tanto, la jurisprudencia no es fuente auxiliar de la actividad judicial. Finalmente, el constituyente primario colombiano consideró soberanamente que era la ley, es decir, un sistema de derecho escrito, y no un sistema de precedentes lo que garantizaba la igualdad de todos los individuos frente al derecho. Además, como veremos más adelante la jurisprudencia es todavía menos igualitaria que la ley, dados los desarreglos que produce una aplicación mecánica de la jurisprudencia, aplicación que, generalmente, conduce a una igualdad formal, pero a una desigualdad material que es en el fondo, lo que debe perseguir una sana interpretación de las normas.

Por su parte el también tratadista y profesor de derecho Diego Eduardo López Medina en su obra "*El derecho de los Jueces*" en la página 109 y siguientes defiende la tesis propuesta por la Corte Constitucional acerca del precedente obligatorio, agregando que la jurisprudencia no es criterio secundario sino auxiliar del Derecho, lo cual no le quita el carácter vinculante por ser la Ley misma y no secundario como lo pretende otros (López, 2011). Es decir, para este tratadista la jurisprudencia está dentro de la Ley o hace parte de ella, pero no secundariamente, al menos a si plantea su disenso con quienes relegan la doctrina del precedente a un segundo plano o subsidiaria a la Ley.

Los argumentos que expone este doctrinante son los de la sentencia C- 836 del 2001, los que de ellos se hizo mención en la cita que se acabó de reseñar, la sentencia SU- 120 de 2003, que tuvo ponencia del Doctor Álvaro Tafur Galvis al referirse a la obligatoriedad relativa del precedente jurisprudencial dijo:

1. Que razones de elemental justicia, seguridad jurídica, libertad de acción y control de la actividad judicial permiten a los asociados exigirles a los jueces que respeten el principio de igualdad, resolviendo los casos que así lo permitan de la misma manera. En la sentencia SU-047 de 1999 M(s) P(s) Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, esta Corporación señaló cuatro razones que hacen imperativo el respeto del precedente judicial: la seguridad y la coherencia que reclama todo sistema jurídico, el respeto por las libertades ciudadanas y la necesidad de favorecer el desarrollo económico, la sujeción de los jueces al principio de igualdad, y la necesidad de controlar el desempeño de los administradores de justicia.

2. Que dada la intensidad y la complejidad de las actividades sociales, propias de las comunidades contemporáneas, "la estabilidad de la ley en el territorio del Estado y en el tiempo no son garantías jurídicas suficientes (..) es necesario que la estabilidad sea una garantía jurídica con la que puedan contar los administrados y que cobije también a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Sólo así se puede asegurar la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2º)".

Sobre la función estabilizadora del derecho en las comunidades contemporáneas se puede consultar la sentencia C-836 de 2001, Rodrigo Escobar Gil.

3. Que el estado de relativa certeza que crea el respeto de las decisiones judiciales previas "no debe ser sacralizado", porque la realización de la

justicia es un valor de naturaleza superior, las normas jurídicas requieren que los jueces adecuen sus decisiones a las situaciones cambiantes, y los errores cometidos siempre demandan ser enmendados.

En la sentencia SU-047 de 1999, ya citada la Corte expuso que, aunque esencial en el Estado de derecho, el respeto por el precedente se supedita a la realización de la justicia material, que demanda cada caso concreto, a la necesidad de enmendar las equivocaciones del pasado, y al imperativo de adecuar las decisiones al contexto histórico en el que se profieren.

De ese modo no todas las decisiones de los jueces tienen la misma fuerza normativa, y la sujeción de éstos a la doctrina probable no implica que la interpretación de la ley deba permanecer inmutable, lo que acontece es que en el Estado social de derecho a los asociados los debe acompañar la certidumbre (1) que las mutaciones jurisprudenciales no serán arbitrarias, (2) que la modificación en el entendimiento de las normas no podrá obedecer a un hecho propio del fallador, (3) que de presentarse un cambio intempestivo en la interpretación de las normas tendrá derecho a invocar en su favor el principio de la confianza legítima, que lo impulsó a obrar en el anterior sentido Sobre la confianza legítima como principio protector de los administrados contra las modificaciones bruscas e intempestivas de las autoridades jurisdiccionales se pueden consultar las sentencias T-538 de 1994, T-321 y C-321 de 1998, y (4) que si su derecho a exigir total respeto por sus garantías constitucionales llegare a ser quebrantado por el juez ordinario, podrá invocar la protección del juez constitucional.

Es que los asociados requieren confiar en el ordenamiento para proyectar sus actuaciones, de manera que tanto las modificaciones legales, como las

mutaciones en las interpretaciones judiciales deben estar acompañadas de un mínimo de seguridad -artículo 58 C. P.-, en consecuencia, los jueces actúan arbitrariamente y por ello incurren en vía de hecho, cuando se apartan, sin más, de la doctrina probable al interpretar el ordenamiento jurídico.

En el ámbito patrio se impone la obligatoriedad relativa del precedente jurisprudencial, pues facilita la seguridad jurídica, el principio de igualdad, la coherencia en las decisiones. Lo que si hay que dejar preclaro es que no toda decisión judicial de una instancia superior de cierre constituye obligatoria doctrina, solo pocas y que se ocupen de estudios específicos se levantan como *ratio decidendi* y no aquellas de *obiter dictum*, que si bien ilustran el caso a resolver no lo recogen íntegramente ni se nutren de un estudio serio y detallado como serían las sentencias de unificación o hitos que demarcan una línea jurisprudencial.

Ahora bien, la obligatoriedad se flexibiliza en la medida que, si las autoridades judiciales no encuentran que la doctrina del precedente resuelve el tema en problema, se aparten del mismo cumpliendo con un desarrollo razonable, suficiente argumentación y una motivación plausible, al menos. Ello contribuye a no permitir eliminar la autonomía de que trata la norma 230 superior, sino reafirmarla en el sentido de encontrar una más justa pero siempre respetando los análisis previos frente a casos semejantes, pero que de todas formas el operador judicial interpreta la norma de forma distinta.

Claro si debe dejarse, que si el precedente que gobernaba el caso no satisface las exigencias de la actualidad o la norma que se tuvo en cuenta para expedirlo fue retirada entonces no obliga el precedente, pues no es dable al jurista resolver asuntos judiciales con decisiones que ya no son aplicables por cambios sociales, jurídicos, de ahí que se diga que los jueces ven, analizan y seleccionan el precedente si contribuye a la solución del caso empero si estando vigente desea no aplicarlo deberá cumplir las exigencias de que trató la Corte en la decisión 836 de 2001. De esta forma queda a salvo la autonomía del Juez.

Esa separación e inaplicabilidad al precedente judicial por los jueces, no niega eficacia, seguridad e igualdad, sino antes creemos que complementa una solución al caso no rígida sino flexible y de una dinámica teleológica. Pues, tampoco sería de recibo un precedente absoluto que, en lugar de servir como pauta, guía en la solución del tema problemático haga incurrir al dispensador judicial en graves errores por falta de encontrar otra vía que facilite coherencia, legitimidad e igualdad también por los jueces sin menospreciar el precedente. Tampoco, se podría sintetizar que los únicos autorizados para solucionar un caso jurídico necesariamente deban ser los postulados de las Altas Cortes, la autonomía judicial no se jerarquiza sino se interpreta en cada caso particular y las manifestaciones distintas a los precedentes consolidados ayudan a regular una mejor administración de justicia.

CAPÍTULO II

5.8. Marco Legal del Precedente Jurisprudencial

El Precedente Jurisprudencial y su aplicabilidad en materia penal, es una investigación que tiene como sustento un fundamento normativo que se halla

contemplado tanto en la Constitución Política de Colombia como en diferentes leyes, decretos y sentencias. Entre ellos hacemos mención de lo contemplado en el Artículo 230 de la Carta Política de 1.991, las Sentencias C-104 de 1993, C-836 de 2001, C-539 de 1999, SU-047 de 1999 y el Radicado 39456 de 2013, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

A partir de los referentes señalados, se puede afirmar que el tema en estudio encuentra su total arraigo jurídico en el Artículo 230 de la Carta Política de 1991, cuando prescribe que la jurisprudencia junto a otras categorías complejas del derecho son criterios auxiliares de la actividad judicial, manifestación que ciertamente ha hecho reaccionar a quienes propugnan por interpretar literalmente y cerradamente esta norma y a otros como las Cortes suprema de justicia y constitucional que la asimilan en conjunto o sistematizan su interpretación para concluir efectivamente en su aplicación como fuente del derecho. Ahora el imperativo u obligación de aplicar el precedente es relativo, lo que no se puede, pretextando que lo que obliga en esencia es la ley, como así lo admito, es considerar que el precedente no se pueda aplicar con el rigor y vehemencia que lo hacen las Cortes de cierre colombianas y bajo el desarrollo que se hace. Muy respetables y admirables las dos teorías que aquí se han esbozado y que sirven para agitar una mejor práctica del precedente, en tanto, este trabajo no trata de ser una obra acaba en el infinito sino plantear acerca de un tema que de por sí discurre en polémicas, que además engrandecen la justicia.

Finalmente, el culmen a este activismo jurídico lo vino a constituir la sentencia C-836 de 2001 emanada de revisión constitucional donde empieza a sentarse las bases de un precedente judicial. Anteriormente se dejó claro que la Ley 153 de 1887 inició lo que a través del tiempo ha ido mutándose y perfeccionándose hasta llegar al estado de avance que atraviesa, es por ello que este sistema fue creado por la Corte Constitucional ante el vacío legislativo que requería se empezará a corregir mediante nuevas transformaciones que vienen dando paso a un derecho evolucionista, dinámico que permita adaptar las normas a la solución real de situaciones sociales y no de metodologías antiquísimas y mecanicistas.

5.9. Qué es un Precedente Judicial.

Es una parte de la sentencia, la *ratio decidendi*, especialmente de la Corte Constitucional, Suprema de Justicia, Consejo de Estado, distintas a las de tutela, que desarrolla de forma específica puntos o temas que ofrecen temáticas problemáticas, decantando su alcance, precisión, coherencia, es decir, donde se deja dicho que es lo que se permite, prohíbe, habilita, ordena frente a un supuesto de hecho que se define (Bernal C., El Derecho de los Derechos, 2005).

Tal y como se presenta con altísima aceptación, los precedentes emanan de

las Altas Cortes, se tiene bastante en cuenta la especialidad o factor calificativo de donde proviene, pues las reglas de distribución de competencias regulan distintas áreas del derecho, a si por ejemplo, Constitucional, Contencioso, Civil, Laboral, entre otros que unifican y nutren la actividad judicial patria, entonces es bastante recurrente asistir al estudio de esas decisiones para orientar la solución al caso o postularla como argumento académico, jurídico y hasta de poder; pero si hay que dejar dicho que no es precedente judicial toda decisión de estos órganos de cierre mencionados, pues ha sido la Corte Constitucional igualmente quien ha fijado la estructura del precedente diferenciándola de una decisión de autos, sentencias de primera o segunda instancia, jurisprudencia, salvamento de voto y similar.

A su vez, cuando hacemos referencia al precedente jurisprudencial lo entendemos como una decisión de la Corte Constitucional o Suprema de Justicia en un mismo sentido que conforma una posición jurídica frente a un tema y que tiene efecto vinculante para los jueces de la República, siendo por lo tanto un concepto eminentemente cualitativo. Se vislumbra como precedente cuando las sentencias contienen en su parte motiva un criterio claro y contundente fincados en principios y valores que servirán de guía a los administradores de justicia para que decidan de conformidad en los casos que traten el mismo problema, la línea nueva de precedente inicia una elaboración del derecho, se integra por tanto para armonizar la constitución y se erige en ley obligatoria y con carácter *erga omnes*. Si bien la Carta política no consagra literalmente la obligación de acatar los precedentes judiciales, en interpretación de la Corte cuando, precisamente analiza

e interpreta la constitución si lo expresa y los jueces, deben al menos, estudiarlo para definir casos con alguna identidad jurídica, fáctica y probatoria. Esto en lo sabido que las facultades conferidas por la Constitución solo pueden ser modificadas por el constituyente primario, pero nada obsta para que si se interpreta la constitución el resultado de ello no pueda acatarse o tenerse presente.

5.10. La Corte Suprema de Justicia y la Obediencia al Precedente.

Siempre se hará precisión que fue la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001, cuya ponencia la hizo el Magistrado Rodrigo Escobar Gil la que empezó a introducir lo que es hoy, en evolución y decantación, la teoría del precedente, pues según el marco constitucional y legal es la encargada de sentar las pautas de la interpretación del ordenamiento jurídico. (Corte Constitucional - Colombia. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil, 2001). Eso lo hizo en la sentencia citada, abandonar la vieja concepción de doctrina probable, para llevarla a una moderna y acorde a las novedosas normas que denominó “doctrina Constitucional” para referirse a las decisiones de la Corte Constitucional que dejaban de utilizar o tener en cuenta la “Doctrina Probable” fue un eslabón transitorio en la evolución del precedente en un momento llamarla “Doctrina constitucional” quizá porque en momentos de necesidad de renovar el tradicional y arcaico concepto y acompasar igualmente su jurisprudencia al neo-

constitucionalismo, dice la Corte, en distintos fallos que debe seguirse la línea decisoria que en materia de precedente hiciere la Corte Constitucional, entonces con unos fundamentos como punto de partida recoge o vacía aquellas decisiones para finalizar consolidando su propia jurisprudencia en punto a que se debe obedecer el precedente no solo constitucional sino el emanado por la misma corporación.

En una pluralidad de sentencias la Corte Suprema de Justicia, cada vez que tiene la oportunidad de enfrentar o referirse a la distinción entre jurisprudencia y precedente que ante ellos se postula como tal, retoman sus decisiones y con ahínco y reforzando el concepto insisten en diferenciarlos, al restarle o aclarar que no toda decisión o jurisprudencia es precedente enseguida acota más argumentos a favor de la consistencia del precedente, en donde se puede estimar con mucha seguridad que en la medida que se refiere a estas institutas, sale más fortalecida la conclusión a la que se ha llegado por la Corte que el precedente se consolida o afianza más en nuestra legislación. Así lo confirmó recientemente en las decisiones 34.853 de 2012 y el auto del 2 de julio de 2014, radicado 43.679,

en el primero explica que para derivar fuerza vinculante a la jurisprudencia el postulado de coherencia no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se decida de otra pues comportaría una transgresión de garantías fundamentales como el derecho a la igualdad e inestabilidad para el sistema jurídico que propende por

la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan los conflictos que se materializan en los casos concretos de manera uniforme, a su turno presupuesto de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables.

Tal como lo expresó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión que tuvo ponente al Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero. También se extrae de la decisión transcrita

A partir de una interpretación sesgada y tradicionalista del artículo 230 constitucional, se puede llegar a concluir que solamente la ley tiene fuerza vinculante para el juez, dado su carácter de única fuente formal del derecho, en tanto que al calificar a la jurisprudencia como un criterio auxiliar de la actividad judicial, ésta se torna en una manera de interpretación de las normas que puede ser acogida por el funcionario judicial o no, a falta de disposición legal que de manera expresa consagre la obligatoriedad para los jueces de acatar las decisiones de sus máximos tribunales de justicia, como sí sucede en países como España y Alemania. Sin embargo, son varias las razones que permiten afirmar lo contrario, en orden a dotar de fuerza vinculante no solo a los procedimientos de creación de normas que dan como producto las leyes, sino también a los procesos de aplicación de las mismas por parte de las autoridades que tienen la competencia 1. Artículo 5.1 de la Ley Orgánica del

Poder Judicial de España; Artículo 164.1 de la Constitución Española; Artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 2. Artículo 31.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Casación fallo N° 34853 ANTONIO RIVERA SUÁREZ Y SIGFREDO RIVAS CÓRDOBA 14 República de Colombia República de Colombia Corte Suprema de Justicia constitucional para hacerlo, como justamente sucede con la jurisprudencia.

Entre los varios motivos para derivar la fuerza vinculante de la jurisprudencia, se tiene el de la coherencia, según el cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se decida de otra, pues comportaría una trasgresión de garantías fundamentales como el derecho a la igualdad e inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan los conflictos que se materializan en los casos concretos de manera uniforme,

A su turno, presupuesto del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables.

Afirmar la fuerza vinculante de la jurisprudencia, también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora que en algunos casos puede derivar en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida.

El auto del 2 de julio mencionado anteriormente, cuyo magistrado Ponente fue Luis Guillermo Salazar Otero manifestó, partiendo de lo señalado por el Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero

... Adicionalmente, no se puede perder de vista que, según se desprende de la decisión emitida por la Sala el 1° de febrero de 2012, radicado 34853, la Sala consideró como motivo para derivar fuerza vinculante a la jurisprudencia el postulado de coherencia, según el cual, “no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se decida de otra, pues comportaría una transgresión de garantías fundamentales como el derecho a la igualdad e inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan los conflictos que se materializan en los casos concretos de manera uniforme, a su turno, presupuesto de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y

obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables.

Tales consideraciones de la Corte solidifican y le dan casi que absoluta consistencia al precedente, por lo que ya no sería una teoría acogida por un sector de la comunidad jurídica sino que se vuelve acentuado ese criterio, no acatar el precedente en la forma como se ha explicitado en su desarrollo sería desconocer que en nuestro país se ha generado una nueva cultura jurídica acompañada con el sistema social y democrático de derecho, que se impone dejar la tradicional forma de administrar justicia, que se debe acoger y respetar la doctrina de las cortes como máximos exponentes de la protección del orden jurídico y protectores de los derechos fundamentales. (Magistrado Castro Caballero, 2012)

También ha tenido la Corte Suprema de Justicia la oportunidad de desechar o no aplicar algunas jurisprudencias de su seno porque no son precedentes, siempre remarcando que la *ratio decidendi* son los que hacen de imperioso cumplimiento o acatamiento por ser la esencia directa en la solución del problema sometido a debate y decisión.

5.11 La Cosa Juzgada y el Precedente.

Comprenden situaciones y temas totalmente distintos que en su camino no se excluyen, en algunos eventos se complementan en este activismo que recrea la jurisdiccionalidad, lo cual hace referencia a la inmutabilidad de las decisiones frente a un caso concreto que irradia sus efectos *inter partes*, destacando que la decisión puede contener equivocaciones, no permite someter el litigio nuevamente a la jurisdicción para que lo reviva o reinicie, el efecto material obliga a estarse con lo resuelto.

La cosa juzgada o *res judicata*, es reafirmación del principio del *non in bis in ídem* que asegura o impide someter la cosa dos veces a estudio cuando ya la primera vez se resolvió y quedó en firme. Nos bis in ídem y cosa juzgada, son dos conceptos muy parecidos pero diferentes. El non bis, es el género, y la cosa juzgada es la especie. Con la cosa juzgada, el ciudadano queda cubierto de una nueva persecución, cuando el caso ha sido resuelto por sentencia ejecutoriada. Con el non bis in ídem, queda cubierta esa hipótesis, pero también la doble persecución simultánea o sucesiva cuando no existe cosa juzgada, de la misma manera que cubre una serie de hipótesis propias del derecho penal material, como es el caso que un mismo elemento del delito sean tenido en cuenta varias veces para hacer más gravosa la situación del procesado.

El problema surge cuando la decisión cualquiera sea, está ejecutoriada o adquiere fuerza inmutable y ella encierra una decisión proterva o alejada a los

fines reales del derecho, de justicia, de razonabilidad es entonces aplicable el desconocimiento de esa decisión pues las decisiones violatorias del derecho no pueden crear obligaciones correlativas frente al mismo, ello es totalmente extraño a cualquier ciencia y por ende separado de técnicas y métodos, por lo que debe ser revisada a través de la acción o recurso de revisión, tutela si afecta derechos fundamentales o se constituye en una vía de hecho o finalmente demandado la decisión ante la jurisdicción competente según se trate.

5.12. La Jurisprudencia y el Precedente Judicial.

En nuestro país muchas son y pueden ser las definiciones de jurisprudencia, la etimológica, la jurídica, la doctrinal y en general otras, que no es el espacio este, para entrar en esos particulares aspectos definitorios, pero si hay un consenso en que es la producción de las decisiones adoptadas por los jueces llamase tribunales, unipersonales en cualquiera de sus instancias que solucionan un litigio judicial. De esta forma temprana se observa que jurisprudencia y precedente no es lo mismo ni en contenido ni semánticamente.

Asimismo se postula, en nuestro medio como jurisprudencia, que solo las emanadas de las altas Cortes y Tribunales superiores de Distrito son específicamente jurisprudencia cuando en realidad no, por definición, las surgidas

de cualquier autoridad judicial llamase juez colegiado o plural tiene esa característica, se debe escindir, precisar que es lo uno y que lo otro para no utilizar los dos vocablos como sinónimos si sus separaciones fonéticas y sintácticas son diferentes.

5.13. Precisión de Jurisprudencia Penal.

Es pertinente destacar que no todo fallo de las Cortes constituye precedente jurisprudencial, por lo que entonces no adquieren fuerza vinculante lo en ellos decidido. En efecto, conforme a la sentencia de inexecutable C- 836 de 2001, la Corte Suprema de Justicia, según el marco constitucional y legal, es la encargada de establecer la interpretación del ordenamiento jurídico, en tanto se trata del máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, conforme a sus salas especializadas. Se erige la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, a través de Radicado 34853 del 1 de febrero 2012 y cuyo Magistrado ponente es el doctor Fernando Alberto Castro Caballero, acatando los lineamientos constitucionales y teniendo en cuenta su especialidad:

- a) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; b) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y la igualdad de trato por parte de

las autoridades; c) el principio de la buena fe, entendido como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado y dado el carácter de la interpretación del ordenamiento jurídico que la Sala ha construido, de acuerdo con la realidad social que se pretende regular (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 34853 del 1 de febrero 2012. M. P. Dr. Fernando Castro Caballero).

- b) En esta decisión se hace un catálogo de los requisitos de lo que se empezaba a enervar como precedente, la sala penal, inicia un estudio definitorio formal y sustancial de esta categoría, en un intento por diferenciarla de una decisión ordinaria para ir consolidando dinámicamente lo que ya se plantea como aspectos a tener en cuenta al analizar e interpretar una decisión de tribunales, con ello no se quiere restar mérito a los pronunciamientos que no reúnan los requisitos de consistencia y coherencia arriba dichos, no por el contrario, es muy respetable cualquier decisión de un juez de la República y más si se trata de un cuerpo colegiado de la judicatura, empero en esta materia valga de Perogrullo insistir en que hay que tener claramente distinguido la decisión normal de un precedente.

La sentencia de apartes transcritos sí es un precedente específicamente, no antes la Corte, había abordado el tema ocupándose tan preferentemente, pero le correspondió precisamente por vía de decisión del recurso de casación, en donde

se cita una decisión de este cuerpo colegiado como sustento para que se decida el recurso extraordinario, y es aquí donde se crea la necesidad de la Corte en empezar a separar cualificadamente el desarrollo del tema. Diciendo que la jurisprudencia que cita el recurrente no obliga a la sala, porque no es vinculante para la misma en consideración a la definición y requisitos que empieza a decantar.

La Sala de Casación Penal en decisión del 1 de febrero de 2012 del Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro, consideró como motivo para derivar fuerza vinculante a la jurisprudencia el postulado de coherencia, según el cual, no puede mantenerse una decisión en la que un caso se resuelva de una manera y frente al mismo supuesto de hecho y jurídico se haga de forma distinta, pues conllevaría a inseguridad jurídica, irrespeto al principio de igualdad, violación al principio de confianza legítima.

En esa decisión se estableció por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, que la jurisprudencia es fuente formal del derecho como ya se había dicho de la interpretación del artículo 230 de la Carta Política, entendiendo que no se alude a la ley formal expedida por el legislativo sino a todo el compendio judicial de normas y decisiones producidas en ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado. Desde luego que en estas se incluye también la costumbre, los tratados y

convenios internacionales, convenciones colectivas que vienen a integrar la ley concordante con el artículo 94 de la Constitución Colombiana.

En general la línea jurisprudencial elaborada por la Corte no es obstáculo para que los jueces en sus decisiones se aparten de ellas, a condición que satisfagan suficiente y razonadamente su disenso con las bases consolidadas, de donde se infiere lógicamente la manera de afirmar que hay una flexibilidad en el arraigo al precedente, como todo en derecho, nada es absoluto. El abandonamiento de los jueces a la obligatoriedad de la jurisprudencia de precedentes es una excepción, estando totalmente legitimados por la misma ley. La obligatoriedad no versa en que necesariamente deben aplicarlo al caso de semejanzas tratados, sino que debe ser analizado, estudiado y si se subsume lo que está por decidir, el Juez tiene dos opciones o acatarlo o separarse del precedente debiendo contribuir con las exigencias argumentativas prescritas en la sentencia C-836 del 2001, tantas veces mencionada.

En conclusión, la obligatoriedad del precedente y su acogimiento es relativa no absoluta, como se pudiera interpretar y este es el sentido y desarrollo que le da tanto la Corte constitucional como la que he dejado vertida en páginas anteriores.

Un caso bastante elocuente también acontece con la aplicación de la ley

formal, donde los Jueces están obligados a aplicarla y solo se pueden apartar o dejarla de lado cuando la estimen inconstitucional, caso frente al que obligatoriamente deberán exponer su nueva tesis legal e interpretativa, excepción de inconstitucionalidad judicial, con lo cual el Juez deja a salvo o por lo menos justifica la inaplicación de la ley porque le resulta violatoria de la Carta, posición que desde hace mucho tiempo se tiene como regla, inclusive, de la mismas altas Cortes. Para permitir el control de las leyes también a los Jueces, por eso a los jueces, entre otro, les está permitido aplicar la excepción de inconstitucionalidad, precisamente preservando su autonomía y la armonía y coherencia del sistema de leyes. La excepción de inconstitucionalidad no solo es atributo de los jueces, sino que los funcionarios en general tienen esa opción. No se olvide que una de las causales por las cuales el Presidente no suscribe un proyecto de ley, es por tachas de inconstitucionalidad.

5.14. Qué se entiende por Reiterada Jurisprudencia.

La categoría “reiteración de jurisprudencia” se sitúa dentro de dos corrientes, la que solo reconoce la producida por la Corte Constitucional, dice que solo basta un solo fallo para que adquiera esa tal calidad, constituyéndose enseguida en precedente y de paso sea obligatoria ante la jurisdicción ordinaria e incluso frente a toda la administración pública y una última la de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado que propendía porque se produjeran tres decisiones en

sentencias uniformes acerca de un mismo tema de derecho.

“La reiteración jurisprudencial”, proveniente de cualquiera de las Cortes de cierre es la pacífica repetición de la *ratio decidendi*, adecuada a la solución de un problema jurídico posterior frente a la misma situación fáctica y probatoria, no se obliga a que necesariamente sea la cantidad de decisiones sino la cualificación y el órgano donde emanan para darle vía libre a la reiteración. Con ello se avanza respecto al tema de lo que antes de la carta Política de 1991 hizo carrera bajo el calificativo de “doctrina probable”, criterio por suerte hoy superado conforme la sentencia C-836 de 2001, es decir, hoy día ya no impera el criterio o tesis mediante el cual se integraba la categoría de “Doctrina probable” sino del precedente judicial. Ahora bien, es preciso decir que lo esencial de las decisiones no es el nombre con el que se bauticen, jurisprudencia, “doctrina probable”, precedente sino el contenido de razones, valores y principios que motiven el pronunciamiento, *ratio decidendi*.

5.15 Qué es el *Obiter Dicta*

Obiter Dicta es una expresión latina que literalmente significa <dicho de paso>. Esta hace referencia a aquellos argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que corroboran la decisión principal, pero

una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como ratio del fallo; ii) la ratio es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y iii) la ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. Esta Corporación ha indicado que la ratio decidendi sobre un tema jurídico puede consolidarse “en una oportunidad posterior”, esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. En ese sentido, si bien la ratio de una sentencia surge de la sentencia misma, los fallos posteriores de la Corte ofrecen los criterios autorizados para identificar adecuadamente dicha ratio; de manera tal que le permiten al juez o quien habrá de aplicar una sentencia, ser fiel a una interpretación constitucional determinada.

En el common law, es decir, en el derecho anglosajón, la *ratio decidendi* es de gran importancia, por cuanto sí tiene un carácter vinculante y por ello, a los tribunales inferiores se les obliga cuando haya la necesidad de resolver los casos análogos que se presenten.

A este respecto Pérez Vásquez afirma que “la *ratio decidendi* es la norma adscrita a la subregla que concreta las indeterminadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos”. Así mismo, Pérez citando a Bernal afirma que “la *obiter dicta*, la define como una parte de la sentencia, que no tiene poder vinculante, sino una fuerza persuasiva que depende del prestigio y jerarquía del tribunal” (Pérez, 2007). En algunas sentencias, la *ratio decidendi*, se encuentra al final de las mismas. Es la formulación general del principio, regla o razón general que constituye la base necesaria de la decisión jurídica específica que tiene fuerza vinculante, la determinación de cláusulas constitucionales en los distintos casos. En una decisión judicial nunca podrá faltar esta parte estructural de las providencias, autos, resoluciones o sentencias, son la razón esencial de la resolución al proceso, sustentada en ley, principios, convenios, tratados. La Corte Constitucional en decisión manifestada en la sentencia C-131 de 1993 y cuyo Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero manifiesta que suele citarse como sinónimo a esta parte de la decisión como *ratio juris*, afirma, además, que es criterio determinante en toda decisión judicial y más tratándose de sentencias que se levantan como precedentes judiciales (Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero). La *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad en nuestro sistema constituye precedentes judiciales. Ello es así a partir de lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 104 de 1993 del Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, en la que se afirma que la *ratio decidendi* es precedente con carácter obligatorio, totalmente distinto al *decisum* de las

sentencias de constitucionalidad (Corte Constitucional. Sentencia C- 104 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

5.17 El *Stare Decisis*.

En la tradición jurídica anglosajona se desarrolló la doctrina reflejada en la máxima latina *stare decisis et non quieta movere*. De acuerdo con lo dispuesto por esa doctrina, también llamada del precedente, una corte está obligada a seguir la decisión de otras cortes que hayan resuelto un caso con las mismas condiciones, es un ejemplo del respeto a la teoría del precedente, donde se debe estar a lo resuelto frente a casos donde fluyan iguales situaciones de hecho y derecho, más elocuentemente se pone de manifiesto esta locución cuando las Cortes emiten decisiones donde hacen una remisión a una producida por ellas mismas o cuando citan estarse a lo resuelto a tal cual decisión o decisiones, pero en el fondo no es una novedad sino reiteración o una subespecie del *decisum*. “*Stare decisis* es el nombre abreviado de la doctrina que constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones, llamado *common law*” (Legarre, 2006, pág, 109).

Legarre citando a Cueto Rúa señala que el nombre completo de esta doctrina es *stare decisis et quieta non movere*, lo cual significa de manera libre, “estar a lo

decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto” y contemplado en el Black’s Law Dictionary. Es por ello que este autor afirma que:

La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes – o, simplemente, los “precedentes” –, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. Sin embargo, la comprensión del sistema originado en Inglaterra requiere entender que un solo precedente constituye derecho y genera obligación (2005, pág.2).

Otros conceptos para tener en cuenta son los señalados por el Dr. Bernal Pulido, para quien el *Overruling*,

es la posibilidad de cambiar de precedente vinculante, no porque el caso no sea sustancialmente igual, sino porque habiendo sido adecuado en una situación concreta, luego de un determinado tiempo, el Tribunal estima que el precedente debe ser cambiado. La orientación jurisprudencial (*overruling*) contenida en un precedente vinculante del Tribunal Constitucional solo puede ser cambiada por el mismo Tribunal (Bernal C. , 2006).

De igual manera el *Distinguish*,

el cual logra determinar y sobretodo justificar que el caso no es sustancialmente igual a aquel que dio origen a un precedente vinculante. Es decir, que existen diferencias reales y no aparentes entre el primer caso que dio origen al precedente y el segundo caso, cuando no tipifica, entonces allí no es exigible aplicar el precedente instaurado (Bernal, 2006a).

5.18. Fuerza Vinculante del Precedente.

La Corte Constitucional en Sentencia T-086 de 2007 Magistrado Ponente

Dr. Manuel José Cepeda Espinosa precisa que

la fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico (Corte Constitucional - Sentencia T-086 de 2007 M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, 2007). Es la obligación que tienen los destinatarios del sistema judicial de acatar los fallos emitidos por los distintos órganos jurisdiccionales, es la concreción de las normas jurídicas vaciadas en una decisión inmodificable donde hay un

destinatario que exige el cumplimiento de la regla, canon jurídico y otro que la hace cumplir so pena de asumir las sanciones legales. El mismo Tribunal Constitucional ha fijado que el precedente doctrinal es de obligatoria observancia tanto horizontal como verticalmente y debe ser tenido en cuenta en el futuro para la resolución de casos semejantes, dado que garantiza la consistencia de las decisiones judiciales, la seguridad y coherencia del sistema jurídico, la efectividad del principio de igualdad y controla la actividad judicial ya que el respecto por el precedente impone un mínimo de racionalidad, cuando se trata resolver asuntos similares. Lo que en suma hay que diferenciar es la obligación del sistema de precedentes con la vinculación que tienen a este los Jueces, donde no es igual ni demandan la misma interpretación y consecuente con ello hay que darles aplicación distinta porque se vincula al tenerlo en cuenta, pero no se obliga cuando salva esa situación con otros argumentos debidamente justificados, por tanto los dos conceptos permiten arrimar a conclusiones distintas.

De esta forma, hasta antes de la sentencia C-836 de 2001 del Tribunal Constitucional, se consideraba que el artículo 230 de la Carta Política hacía referencia a la jurisprudencia como fuente auxiliar del derecho, pero cuando la misma tiene por finalidad interpretar y fijar el alcance de las disposiciones constitucionales es vinculante.

Pero a partir de la referida sentencia en la cual ese Tribunal se pronunció acerca de la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1889, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también tiene el carácter de

precedente jurisprudencial obligatorio cuando la *ratio decidendi* así lo informa claramente involucrando principios, reglas, argumentación que propugnan por fines superiores a la norma ordinaria.

Tal como se ha venido diciendo la Corte Constitucional se ha ocupado de la obligación de acatar el precedente en la sentencia plurimencionada o como se le denomina “Hito” C-836 de 2001, en la que manifiesta que los jueces ordinarios deben acatar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que en principio hace rígida y vinculante la manifestación de obediencia, pero al mismo tiempo permite que en ejercicio de su autonomía los operadores judicial se aparten del precedente judicial a condición de exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión.

Se considera que la no observancia del precedente no puede ser un capricho o una adscripción a tal o cual sistema de fuentes del derecho o de ideología particular, es una separación reglada donde se impele a la comunidad jurídica a satisfacer precisamente la misma ley. El margen de discrecionalidad o subjetividad del servidor judicial al descreer o hacerse desobediente a la obligación de precedentes queda ligado al desarrollo argumentativo que se haga de la Constitución, por manera se quiere forzar al juez que indefectiblemente acate el precedente de manera invidente; la construcción de la decisión que se proyecta como novedosa se sustenta también en la ley, con ello queda proscrita cualquier forma de arbitrariedad, o al menos, recurrir a tesis debidamente fundadas en

principios de razonabilidad, necesidad, ponderación y demás subprincipios que evoquen axiológicamente fines privilegiados, plausibles a la actividad judicial o como modernamente se enuncia al activismo constitucional.

El recorrido que se ha hecho para decantar la doctrina del precedente no ha sido nada fácil ni para la jurisprudencia, ni para el abandono total de la tradición jurídica legal arraigada que por años se acogía en Colombia, muy a pesar de estar clarificado el tema acerca del tema de precedentes, aún hay desarrollos en contrario que abogan solo por la aplicación estricta de la ley formal, disquisiciones que bien han permitido que las Cortes avancen en la consolidación de lo que hoy tenemos ya decantado, pero que aún se interpreta con escepticismo como todos los fenómenos jurídicos novedosos donde en solo aquellas mentes de avanzada se idealizan conceptos, se aceptan como mejor forma de convivencia social la practicidad de nuevas instituciones jurídicas sino que son capaces de aceptar los cambios que se suceden en estas sociedades posmodernas, eso sí, siempre respetando y analizando las diferencias que se susciten como adversas o incrédulas de una eficiente interpretación sistematizada del derecho. El respeto del precedente es absolutamente decisivo en nuestro derecho, la aplicación de las normas legales buscan soluciones acudiendo a todo el compendio judicial existente, leyes, principalística, valores, convenios, tratados, doctrina nacional y extranjera, precedentes judiciales, jurisprudencias en pro de materializar un derecho que responda a la necesidad de resolver el litigio, lo mismo que para satisfacer lo tantas y resonadas veces se postula en el artículo 2 de la Carta Política y esbozados por López Medina.

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. 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 (López D, 2006) Es claro que una decisión que se aparte de la jurisprudencia vigente en forma caprichosa es claramente inconstitucional. “La autonomía e independencia son garantías institucionales del poder judicial, que se legitiman constitucionalmente en tanto que son necesarias para realizar los fines que la Carta les asigna.

Todavía se está en la búsqueda de caminos y estabilización de este instituto, no obstante, los tantos pronunciamientos de las Cortes de cierre ratificando tal cometido, se cree que se está en plena elaboración y desarrollo de lo que más tarde pueda ser un lugar común dentro de la comunidad jurídica patria.

A esta generación de juristas que hoy abarca el estudio de la investigación presente corresponde darle consistencia jurídica a una nueva forma o método de

apoyo para resolver conflictos propiciando la igualdad, seguridad jurídica, coherencia dentro de un activismo jurídico de aplicación de precedentes sino de algunas novedosas formas de aplicar el derecho que hoy se implementan como los sistemas de oralidad judicial, código general del proceso, justicia transicional o restaurativa, estudio y entendimiento del derecho internacional humanitario, derechos humanos, hoy tanto en voces de la sociedad, de la teoría de los derechos fundamentales y otros tantos que resta mencionar pero no menos importantes. Tal y como lo ha dicho la Corte en reiteradas oportunidades “El precedente está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están ciertas y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del Juez, el precedente está ligado a la *ratio decidendi* razón central de la decisión anterior, la que, al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso.

De todas formas la rigidez del precedente no puede ser entendida de manera absoluta, no se trata de hacer inmóvil o pétrea la decisión judicial ni convertir tales decisiones en criterios de jerarquía y autoridad para resolver un asunto concreto, sencillamente se trata de armonizar y salvaguardar los principios constitucionales que subyacen a la defensa del precedente, por esa, entre otras razones, se ha advertido que el funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente (horizontal) o del expedido por el superior (vertical) siempre que exprese de manera amplia, clara y suficiente las razones por las que separa su posición de lo ya resuelto frente a casos similares. Tal flexibilización o desconocimiento tiene

fundamento en que el inicial precedente pudo haberse fundado en eventuales equivocaciones o en una ley que ya fue retirada o derogada, o que se produjo una posterior decisión que acoge principios y derechos fundamentales que eran desconocidos e ignorados en la anterior decisión por lo que resulta adherirse a nuevas creaciones o justificaciones. Con todo no resulta variar el precedente con cualquier argumento, no puede reducirse a la observancia literal de una norma o texto legal, sino que se refiere al ordenamiento jurídico integrado como un conjunto de reglas armónico para la realización de los fines de un Estado social y democrático de derecho consagrados en la carta política.

En situaciones en que el juez se aparte del precedente vertical u horizontal, ya porque omita hacer referencia al mismo, o porque no hace un desarrollo razonable y suficiente para justificar su disenso, la consecuencia es exactamente la violación al principio de igualdad como especie del debido proceso, lo que da lugar a la procedencia de la acción de tutela por desconocimiento del precedente tal como lo ha consolidado la corte constitucional en por ejemplo la tutela T-698 de 2004 concediendo derechos de igualdad, en la T-838 de 2007, T-1092 2007 donde tuteló el derecho a la igualdad de dos personas que habían sido desvinculadas de nombramientos en provisionalidad en la administración sin motivar.

La Corte constitucional a través de distintos desarrollos de su jurisprudencia ha dado lugar a ejercer un control al respeto del precedente y su fuerza vinculante,

esos controles o estrategias son: la reiteración de su jurisprudencia, la acción de tutela contra providencias judiciales y la anulación de sentencias de tutela dictadas por la salas de la propia corte constitucional cuando no acatan la jurisprudencia sentada en sentencias de constitucionalidad o de unificación anteriores, cuando la Corte reitera la jurisprudencia se controla el respeto al llamado precedente vertical, es decir, la obligación de respetar sus propias decisiones o jurisprudencias por parte de los jueces de menor jerarquía. El precedente judicial viene a constituir la constitución misma, o más explícito, es la concreción o aplicación de la Constitución, por ello la cláusula de incompatibilidad entre el precedente, la constitución y la ley u otra norma de menor jerarquía debe desecharse la aplicación de dicha norma y solucionar el caso, correlativamente con el precedente constitucional. Realizada una síntesis de la teoría imperante hoy día en Colombia acerca de la aplicación del precedente resulta oportuno mantener o enunciar la doctrina que permite la inaplicación del precedente o desconocimiento, la cual y como se dejará dicho es útil en la medida que se obedezca lo tantas veces reiterado por la alta jurisprudencia, que se verá enseguida.

5.15. Jurisprudencia para la Inaplicación del Precedente.

A pesar de que existan similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente por una Corte de cierre “existen diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impidan igualarlos” es así como en uno de los

aportes de la sentencia matriz C-836 de 2001 se postula que en la decisión primaria no se contemplaron aspectos que necesariamente estaban relacionados con el tema decidido pero que no se tomaron en cuenta y que la decisión posterior y se impone hacerlo concluyendo en el cambio de precedente o en la desobediencia del mismo, lo cual justifica la dejación de lo que se podría considerar como primera ley que gobernaba la situación fáctica.

El segundo elemento, según la Corte constitucional para separarse de su jurisprudencia de precedente tiene cabida cuando “habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responde adecuadamente al cambio social posterior”, aquí se desecha por error, o por que habiendo sido especial para decidir un tema, las condiciones mutantes o dinámicas del entorno social se han modificado sustantivamente que permiten avanzar en una nueva e inaplicar la que en principio sirvió y se hizo fuerte como la ley misma. Esto tiene su fundamento en la dinámica social, en la teoría del derecho viviente, en que los cambios sociales determinan el sistema legal que debe regular la ley, donde una vez más se concluye la no estaticidad de la ley, del aplicador y si el acogimiento de principios e interpretaciones que enaltezcan al destinatario de la norma. La Corte Constitucional tiene diversas clases de jurisprudencia y ha de distinguirse, porque una es la situación de la discrepancia con la jurisprudencia tutela y una bien diferente sería el desobedecimiento de una sentencia de constitucionalidad.

El Juez estima que la jurisprudencia resulta errónea, bastante parecido al citado inmediatamente, por ser “contraria a valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”. En este caso no se puede mantener fijo un precedente en injusto, por eso se permite la variación para evitar prolongar al futuro decisiones que no consultan la realidad o que ya se superaron los matices jurídicos que se tuvieron en cuenta para su motivación y decisión. El cambio se fundamenta en razones axiológicas y de principialística jurídica. Cuando se plasma esta causal el disidente está obligado a desarrollar la incompatibilidad axiológica entre el precedente o norma anterior y la protección a los derechos fundamentales y normas rectoras jurídicas para resolver la nueva tópica. Se trata en este articular caso de hacer una corrección al precedente adaptándolo a los nuevos cambios jurídicos, sociológicos que se generan en la convivencia del ciudadano.

El Juez posterior puede apartarse de la jurisprudencia por “cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante”. Nada más necesario y pertinente que si varían las normas que se seleccionaron para ser base de la decisión primigenia consecuente con esto es la aplicación de otra regla o canon que esté vigente nuevo o anterior, donde la carga a cumplir por el juez que de lado deja el precedente consiste en hacer tal demostración.

5.16 Ley 1437 de 2011 y el Precedente.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en sus principios rectores especialmente en el artículo 10 prescribe el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia que se enuncia

Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas (Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. Publicada en Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011, 2014).

Esta ley reafirma la teoría del precedente, donde el legislador ordinario ateniéndose a la categoría de ley que tiene el precedente y la jurisprudencia reenvía, remiten a las autoridades tanto del nivel jurisdiccional como administrativo a la aplicación de las normas, entre estas la jurisprudencia, para que diriman lo de su competencia aplicando la jurisprudencia, esto es un enorme avance para aquellos escépticos que aún siguen arraigados en que solo la ley formalmente expedida por el Congreso los ata a utilizarlas al resolver asuntos sometidos a

jurisdicción, negándole toda posibilidad de aplicación al precedente judicial, pues aquí se inscribe los fallos de unificación de forma obligatoria la consulta para previamente incoar la acción administrativa contenciosa.

Al analizar o realizar el control constitucional a esta ley – 1437 de 2011 - la Corte en la sentencia C-634 de 2011² primero la encuentra exequible y segundo la condiciona a que el precedente emanado de su interior no puede ser desconocido e inaplicado. De manera pacífica la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, al emitir varios fallos que generan conflictos de interpretación de normas penales y de institutas adscritas a su jurisdicción ha precisado que si bien la jurisprudencia tiene carácter legal y obligatorio, las autoridades inferiores no pueden descreerlos sin la debida argumentación suficiente tal y como se ha dejado dicho en esta obra.

En la evolución progresista de hacer cada vez más exigente la aplicación de la jurisprudencia y el precedente hoy el congreso, acogiendo las tantas decisiones de las Cortes en que reafirman la aplicación jurisprudencial aparece ya formalmente consagrada como texto legal, más aún elevada a la categoría de principio rector del código de Procedimiento administrativo y de contencioso administrativo, como para que no quede duda al menos en esta materia del derecho público vigente actualmente, se ha propiciado por las Cortes un cambio o inicio de mentalidad de

² Con esta sentencia se pretendió declarar EXEQUIBLE el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011

los jueces en acatar en un más alto nivel de obediencia a sus decisiones.

Al interior de la administración pública la jurisprudencia y el precedente judicial, en especial la rama ejecutiva y legislativa, no hay lugar a no acatarlo, se vuelven de todas maneras aplicables indefectiblemente, es decir, no se ha dado la facultad o deber que si tienen los jueces de la República de desligarse de ella cuando propendan por una distinción y creación novedosa, con las consecuencias jurídicas que ello podría desatar.

No hay forma que los servidores públicos distintos a los de la rama judicial puedan no obedecer la jurisprudencia, pues el control y separación a sus decisiones, solo lo permite la misma Corte a los operadores judiciales y no a los restantes integrantes de la administración pública. Sin embargo, aun cuando el carácter vinculante del precedente judicial se extiende tanto a las autoridades administrativas como a las judiciales, es preciso decir que existen diferencias entre ambas funciones, pues las primeras no gozan de autonomía e independencia, como sí ocurre con las segundas.

A partir de lo anteriormente mencionado, es que se afirma que el precedente es, en todo caso, obligatorio para las autoridades del orden administrativo, mientras que, respecto de la función judicial, se permite a sus ejecutores apartarse

del mismo, siempre que expongan razones atendibles, siguiendo las exigencias argumentativas reseñadas en precedencia tal y como lo señala Corte Suprema de Justicia, según Radicado 39.456 de 2013. Quiere lo anterior sintetizar que los funcionarios judiciales tienen la obligación relativa de aplicar el precedente judicial, mientras que para los otros servidores de la administración pública no pueden apartarse ni aun realizando ningún tipo de razonamiento suficiente.

En esta decisión la sala penal de la Corte, condena a un Juez de la República por la conducta de prevaricato en cuanto no obedeció un precedente jurisprudencial de la sala laboral al decidir en un proceso, ni tampoco fijó los argumentos de su disidencia al juzgar los hechos de forma distinta a como lo había hecho la sala laboral frente a la misma situación fáctica y jurídica, violando el principio de la igualdad y la seguridad jurídica tantas veces citados. Decisión citada, que por cierto ha sido muy debatida, pero en ella se rescata una vez más la fortaleza y arraigo de las jurisprudencias de las Cortes de cierre. Al tema propuesto en la decisión 39.456 citada al principio la Corte dijo:

Ninguna alusión hizo el funcionario judicial a las razones por las que, según la doctrina constitucional ya reseñada, era procedente apartarse del precedente vigente y decidir de forma contraria a lo resuelto por su superior en 2004, cuando le revocó una decisión idéntica a esta, en donde el mismo demandante, Jorge David Delgado Cuadrado, reclamaba la misma prestación.

No existe en el auto calificado de prevaricador explicación alguna sobre una transformación social que ameritara un discurso diferente al fijado en la jurisprudencia, como tampoco la demostración de un cambio histórico que acreditara que se trataba de supuestos de hecho diferentes, menos aún que la jurisprudencia que estaba en boga y comúnmente aceptada era equivocada por ir en contravía de los valores y principios que orientan nuestro ordenamiento jurídico, es decir, que existía una incompatibilidad axiológica entre la regla jurídica impuesta por el precedente, los derechos fundamentales y los principios en los que se funda el orden jurídico; o, en últimas, que hubo un cambio del régimen legal o constitucional que en su momento determinó la aplicación de un cierto criterio a través del precedente.

Tampoco en la providencia cuestionada obra alguna reflexión sobre la necesidad de hacer prevalecer un orden justo o el derecho material, como así lo justificó la defensa del procesado en esta actuación.

Los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial, este es el marco jurídico y constitucional inserto en el canon 230 de la Carta Política Colombiana. La misma obra, pero en su artículo 228 enuncia que la administración de justicia es una función pública, sus decisiones son independientes y en sus proveídos son autónomos (Constitución

Política de Colombia, 1991). Resulta oportuno preguntarse, si esa autonomía judicial es absoluta, relativa o mejor reglada por la misma ley. Pues bien, esta norma con juntamente con la 230 de la Carta Política ha dado origen a enconadas discusiones que han facilitado ir purificando la teoría de la obligación de atender la jurisprudencia de precedentes.

La función judicial, las atribuciones y potestades del juez para cumplirla deben entenderse enmarcadas dentro de los límites que consagran la Constitución patria y la ley, recalcando que la autonomía no puede obedecer a caprichos o arbitrariedades, antes o contrario a ello, deben primar las normas interpretadas en el entendido de cumplir un marco jurídico justo que garanticen la satisfacción, protección de derechos fundamentales, dejando en el camino cualquier atisbo que facilite medios y fines detestables, entonces la autonomía es reglada dentro del ámbito de discrecional objetiva y legal otorgadas en acatamiento y aplicación de la misma ley y no de pareceres o facultades indebidas que desemboquen en particulares decisiones injustas e ilegales. Si un juez, al decidir soslaya o coloca de presente su personal punto de vista, sin que consulte unos mínimos principios de equidad, de razonabilidad, proporcionalidad y en general legalidad que module la situación, según jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, Sala Penal, podría incurrir en una vía de hecho, que se puede sanear a través de tutela, o en un prevaricato según se trate, como ya se dijo en la jurisprudencia mencionada.

En la sentencia C-1439 De 2000 se reitera que es de obligatoriedad aplicar el precedente (*ratio decidendi*), el no cumplirlo sería una vía de hecho, violarían los principios anteriormente mencionados, por lo que los jueces al apartarse del precedente deben hacerlo fundamentándose, que se traduce en el desconocimiento del precedente constitucional (Corte Constitucional. Sentencia C-1439 de 2000. M. P. (E) Dra. Martha Victoria Sánchez Méndez) y como un irrespeto directo de la Carta Política habida conciencia que toda decisión debe estar acorde a la norma superior, las leyes se interpretan, aplican previamente el estudio de la Constitución de un país, no lo contrario que primero se interpreta la ley y luego o secundario a ello se lee la Constitución.

Ninguna aplicación de ley e interpretación será válida si de lado se deja la consulta de la Carta política y de las demás normas con igual o superior jerarquía legal.

Desde 1.992, la Corte Constitucional puso sobre la mesa una tesis que, para muchos, venía traída de los cabellos: la obligatoriedad de sus precedentes jurisprudenciales. Una figura propia del Derecho anglosajón que, hasta entonces, parecía incompatible con la tradición continental europea que ha inspirado al Derecho colombiano. Con la aplicación del precedente no se desconoce la Constitución, toda la normatividad existente es hija legítima de la Carta, resultando que debe consultarse esta de manera preferente e inicial.

5.19. Ley Formal y Precedente Constitucional.

La discusión se remonta desde antes de entrar en vigencia la constitución de 1991. Desde mediados del año 1992, la Corte Constitucional irrumpe en el ordenamiento patrio con una tesis que, para muchos, no consultaba la ley y de modo contrario era una manifestación de poder de la Corte Constitucional al enervar una naciente forma de ley no propia del derecho nuestro: La obligatoriedad de sus precedentes jurisprudenciales. Una figura traída del Derecho anglosajón que, hasta entonces, parecía incompatible con la tradición continental europea que ha inspirado al Derecho colombiano (Jurídico). Se anuncia que no se propiciará en este apartado la explicación del trámite que sufren las leyes antes de su existencia jurídica como norma ordinaria, se trata de analizar si una ley ordinaria enfrentada a un precedente de la Corte constitucional ambos tienen validez si se oponen o uno prima sobre el otro y por qué razones.

Entre la constitucionalidad de una ley y lo decidido en un precedente constitucional, se sobrepone el precedente y la inconstitucionalidad de la ley si ésta es contraria a lo expuesto por la Corte en su razonamiento, se precisa por la

Corte que la ley que contraría el precedente se declara inconstitucional por no estar conforme a la constitución, teniendo como fundamento normativo no la constitución en sentido estricto sino en su interpretación, igualmente porque los precedentes constitucionales son hijos legítimos o fruto de una reflexión, e interpretación y aplicación de la constitución, la alta corporación lo sentenció en decisión C-586 de 1995 (Corte Constitucional. Sentencia C-586 De 1995. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y Dr. José Gregorio Hernández Galindo), se corrobora que los precedentes de esta judicatura se adscriben a la carta y por tanto se trasmite su fuerza vinculante a la norma de normas. Nada distinto de fondo hay entre lo expresamente consignado en la constitución y lo que esta diga en sus fallos de constitucionalidad que se categorizan en precedentes.

“De allí que no parece descabellado atribuir la razón a quienes, parafraseando a Holmes, sostienen que la constitución no es más que lo que la Corte Constitucional dice que es” (Bernal C., El Derecho de los Derechos, 2005).

5.20. La Incredulidad o Falta de Confianza en el Precedente.

Desde la época decimonónica viene haciendo carrera que la ley versus precedente permite darle tránsito a la primera, quizá recogiendo rezagos de un constitucionalismo arcaico o dando estricta aplicación al imperio de la ley

propriadamente dicha; postura que si bien aún cobra una total revaluación, no menos debe dejarse por fuera de esta investigación. El sector que aún propugna por no reconocer la fortaleza y arraigo que hoy cobra el precedente y por consiguiente aplicación, aducen una jerarquización de las normas de forma prevalente, donde no se contempla la posibilidad abierta y amplia de interpretación sino la sesgada, que el precedente y la jurisprudencia son criterios auxiliares, pero la falta de credibilidad viene dada en que la ley es fuente única y exclusiva de solución de conflictos y que por lo tanto a ella es que se vinculan los jueces al decidir. “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes” (Tamayo, 1912). Restan toda utilidad principal al precedente y la jurisprudencia y la estratifican de forma secundaria, pues así entienden o confunden el criterio de auxiliar, como residual y no integrador. Exigiendo que la Carta Política deba decir clara, explícitamente en una parte de su articulado que la jurisprudencia es ley o equivale a tal, o que la jurisprudencia de precedentes proferida en sentencias adquiera la calidad de ley, por supuesto que no aceptan que el precedente sea fuertemente vinculante para los jueces y recobra o vuelven su tesis exceptiva. En lo demás la jurisprudencia sirve no como criterio orientador en subsidio o concomitante con la ley, pero no admiten que constituya ley y menos doctrina constitucional fuerte para aplicarla. Los defensores de esta tesis, según lo planteado por Fernando Velásquez Velásquez, se oponen a los optimistas que definen y defienden el precedente como obligatorio, para lo cual este doctrinante citando a Sebastián Soler sostiene que

Destruído el carácter normativo del derecho, para afirmar como tal solamente el

acto concretamente cumplido por el órgano jurídico, es indudable que hemos ido a parar a una tesis autoritaria, en la cual el hecho consumado se identifica con el hecho debido (Velásquez, Fernando).

Hay que recordar que ni siquiera la ley formal tiene estricta aplicación, pues los jueces cuando estimen su inexequibilidad la dejarán de aplicar con una exigencia ponderada y razonada la misma o similar a lo que se hace para no aplicar el precedente, de manera que los escépticos no podrán encontrar en ninguna latitud un catálogo o codificación totalmente completa que recoja todas las normas para enfrentar literalmente la decisión, eso es desafiante e incoherente con el evolucionismo normativo y con la estaticidad que ellos pregonan.

Quienes persisten en la tesis que solo la jurisprudencia y el precedente son fuentes subsidiarias de la ley, llegan a la conclusión que la cantidad de decisiones que se han producido por las cortes de cierre relativas a validar y darle más consistencia al precedente son inconstitucionales, pues toman el artículo 13, 230 inciso 1, artículo 4 de la Carta Política, principio de la igualdad, “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley” donde se plasma en su interpretación que solo las normas vigentes (constitución, leyes, decretos) garantizan la igualdad, negando todo valor al precedente porque si la ley no es previa, escrita y promulgada con la forma como está instituida, no puede ser útil para aplicarla por la comunidad jurídica, por lo tanto las personas no pueden ser juzgadas, procesadas por jurisprudencias ni precedentes sino con base a la ley pre-existente

al hecho que se resuelve o imputa, principio de ley previa y tipicidad estricta.

Estos autores o sector de la doctrina que no abandonan la tradicional acepción de ley formal se apoyan en el principio de legalidad, tipicidad estricta, donde no flexibilizan el principio de legalidad ni tipicidad, como si la ley fuera algo inmóvil, estático y ajeno a los cambios sociales, políticos, culturales que se producen en la constante evolución, entonces a ese paso se llegaría al absurdo que hasta las interpretaciones de las leyes estarían sometidas a los criterios legales ya preestablecidos por la ley, que si ello no fuere escrito y legal no tendría cabida aplicar el margen de discrecionalidad y autonomía que tienen los jueces porque hasta esta está rígida en la norma. El imperio de la ley como medio de solucionar conflictos no puede estar sometido a tan absolutas posturas, pues la constitución es y se flexibiliza ante eventuales acontecimientos sociales que desquicien el orden justo, siendo necesario, como tantas veces se ha dicho, reformarla o interpretarla abiertamente cuando ello sea plausible para materializar derechos, principios y fines que dignifiquen a las personas.

Cuando nuestra Constitución dice “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistente” es efectiva aplicación del principio de la ley previa, pero no se entienda a la formal solamente, téngase presente la reconocida en el país como tal sin ser indispensable el órgano donde emane, lo importante es que esa norma contenga, al menos, principios de justicia, equidad, igualdad, coherencia, razón

suficiente que colmen presupuestos de justicia.

La ley previa invita a que no se juzguen o definan situaciones aporéticas sin existencia de norma, que si se carece de la norma formal que regule la situación precisa no quede irresoluto, constituyendo una denegación de justicia o la manifestación de inoperancia de la funcionalidad judicial, la actividad judicial siempre tendrá que auxiliarse de otras ciencias, artes, profesiones, oficios, usos, costumbres que no están taxativamente señaladas en la norma o regla judicial en donde la consecuencia inmediata es recurrir a medios y métodos que hagan de la administración judicial una eficiente institución para resolver conflictos que es su razón de ser. La legalidad no le quita autonomía al juez, solo se la limita o regula para adoptar decisiones dentro de un marco constitucional y legal integrador, evitando abusos o arbitrariedades, donde no se puede confundir arbitrio con arbitrariedad, el Juez sigue creando derecho al solucionar los temas de competencia jurisdiccional, no es un invitado mecánico ni programado para dispensar justicia, es precisamente un innovador, creador de soluciones jurídicas acogiendo la normatividad existente para interpretarla y producir decisiones.

5.21 Poder de las Cortes o Contenido de Justicia en sus Decisiones.

No hay que hacer grandes esfuerzos, tampoco buscar métodos de observación

debidamente avalados por estándares internacionales de la comunidad jurídica mundial para decir con total acierto que las decisiones judiciales, especialmente de las Cortes de cierre, están revestidas de la doble presunción de acierto y legalidad y que por esas características una vez son firmadas adquieren reconocimiento y acatamiento. Tampoco es desconocido que si el fallo emana de esas superioridades se logra respetarlas más que el de un Juez Municipal de una región distante de donde están las cortes de última instancia.

El *decisum* de una corporación judicial lleva ínsita un alto contenido de autoridad judicial, jerarquía, poder político y hasta de ilegalidad en casos donde se prostituye la justicia como en el pretérito reciente se ha reseñado y duramente criticado decisiones del Consejo Superior de la Judicatura, Consejo de Estado y últimamente por la Corte Constitucional, que tampoco ha escapado a estos detestables modos de administrar justicia. Empero esa decisión no siempre se colma de justicia y sabiduría como sería la obligación sino que en no pocas ocasiones el contenido principal recoge una voluntad personal donde se ve reflejado es el poder que tienen las Cortes sobre lo que en verdad debe ser su tarea, de ahí ha hecho carrera los mal llamados “choques de trenes” donde decisiones de la Corte Constitucional o Suprema de Justicia versus Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura han propiciado algunas sentencias más políticas que jurídicas y entonces se desarticula la coherencia que debe primar en los fallos y se entroniza una pugnacidad no por el contenido de justicia, jurídico, académico sino por quien tiene la razón o la última palabra para utilizar una

expresión coloquial pero no ajustado al derecho. El poder o autoridad que es inmanente a las autoridades no las colma de sabiduría como por arte de birlibirloque o deslumbramiento celestial, la calidad de sus decisiones es proporcional a su contenido científico, académico y por tal cobran validez, respeto a sus dispensados. Entre mayor sea el grado de estudios jurídicos que tenga un Juez así será su compromiso con sus decisiones, desterrando cualquier forma de facilismo y arbitrariedad que en lugar de aprestigiar la justicia la invalidan.

La calidad de las decisiones judiciales se mide por su cualificación, en donde se pueda observar plenamente la identificación del problema, la solución basada en métodos aceptados, análisis y síntesis de las pruebas colocadas en un razonamiento adecuado que satisfaga las posibles incongruencias que suscitaba la controversia, desde ahora y a manera de conclusión anticipo que no será fácil dejar decaer la teoría del precedente sino que cobrará toda la aplicación en el futuro, pues esa es la actual tendencia en los desarrollos que se han venido planteando desde la vigencia de la constitución de 1991, donde se abandonó el concepto de doctrina probable, para avanzar en el que hoy es materia de estudio. También se estima la posible mejoría de las decisiones de altas Cortes tras los últimos hechos que tienen un alto porcentaje de arbitrariedad y colusión, episodios que no pueden quedar en la impunidad sino debe hacerse, además una profilaxis de métodos y funcionamiento de estas altas dignidades que desde su interior reflejan lo que no debe ser la justicia, injusta, autoritaria y afinada a satisfacer intereses personales, nada tan manifiestamente odioso como lo acontecido

reciente con el tráfico de tutelas y la intervención de ex magistrados litigando ante sus pares anteriores con intrínquilos evidentes de un manido contubernio.

5.22 Desconocimiento del Precedente Judicial.

En páginas anteriores de este mismo capítulo se abordó la posibilidad que el legislador ha regulado para no estarse de acuerdo con el precedente emanado de los altos tribunales, en detalles se asumieron los episodios en que no obstante ser inflexible su aplicación la misma Corte auspicia que no sea acogido. En tanto se desatiende un precedente la Corte ha manifestado a través de su jurisprudencia que el afectado por no acoger la decisión puede acudir ante el juez constitucional a través del mecanismo del amparo de tutela, pues al precedente se le reconoce fuerza vinculante y obligatoria para todos los jueces en el derecho colombiano.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido al respecto, que el desconocimiento de precedentes jurisprudenciales puede llevar a la existencia de un defecto sustantivo en una decisión judicial, en la medida en que el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales, – sea éste vertical u horizontal-, dada su fuerza vinculante y su inescindible relación con la protección de los derechos al debido proceso e

igualdad tal y como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia T – 086 de 2007 (Corte Constitucional. Sentencia T – 086 de 2007. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

Mediante la Sentencia T-1092/07 la Corte Constitucional se ocupa de una acción de tutela contra sentencia por desconocimiento de un precedente. En esa sentencia se reconoce la posibilidad de apartarse del precedente por parte del Juez ordinario, pero solamente si existen razones para hacerlo. En esa larga y enconada discusión de si el fallo de tutela proferido por la Corte Constitucional es precedente obligatorio, el Consejo de Estado se pronunció a través del M. P. Dr. Gustavo Gómez, en Sentencia 11001031500020120106401, jul. 4 de 2013, afirmando que no, que dicha Corte no tiene competencia en materia contenciosa.

Hizo esta manifestación, donde se observa que de manera tajante no dice acatarla pero que tampoco la desacata en todos los casos, sino que debe hacerle el respectivo análisis, lo cual es no más que razonable. De esa decisión igual se concluye que de todas maneras los precedentes deben ser tenidos en cuenta por todos los jueces, sea que los acaten o se separen de su aplicación, pero eso sí, si no los vincula la decisión deben asumir la carga legal fijada por la Corte o de lo contrario podrían estar incurso en prevaricato, tal como se reseñó con el Juez Promiscuo del Circuito de Ayapel que fue condenado por este delito por no sustentar el haberse separado de un precedente de la sala laboral de la Corte

Suprema de Justicia. Para reafirmar lo dicho antes que el funcionario judicial que se aparta de un precedente jurisprudencial constituye prevaricato, toda vez que sus motivaciones no sean claras y de protección de intereses superiores se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en ponencia del Magistrado Ponente Dr. Barceló Camacho (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 39.456 de 2012. M. P. Dr. José Luis Barceló Camacho, 2013) en el que confirmó la decisión del Tribunal Superior de Justicia con sede en Montería, donde condena a un Juez Promiscuo del Circuito por no acatar una jurisprudencia del Tribunal mencionado que le revocó una decisión en materia laboral, que luego de pasado un tiempo volvió a reproducir la revocada con argumentos insatisfactorios a los dados por su superior. De la sentencia remarcada se rescata con nitidez que el desconocimiento del precedente judicial no puede estar argumentado en falacias, o en desaprobaciones caprichosas que desborden el marco jurídico constitucional y legal, antes se debe realizar un procedimiento crítico en el nuevo fallo que demuestre que el precedente no se afina al tema tratado porque ya perdió vigencia, por advenimiento de situaciones jurídicas y sociales diversas. Pero estando bien sustentado el fallo divergente y dentro de una interpretación acorde, puede que no constituya prevaricato la separación y se revoque la misma desautorizando al Juez, lo que en definitiva propende por la flexibilidad, corrección de las decisiones judiciales, así sean de Altas Cortes pero que resuelvan el caso de manera ajustada al ordenamiento o por lo menos con una decisión que si bien no recoge totalmente un contenido de justicia procesal y material tampoco desquicie o socave la constitución y la Ley.

Al instante de la emisión de esta decisión, por parte de Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, inmediato reaccionaron, como era de esperarse, los críticos del precedente judicial al decir que no era prevaricato, que no es obligatorio para el juez servirse del mismo si está en desacuerdo y que su tesis del sistema de fuentes del derecho debe ser la de siempre, la ley expedida por el congreso o decretos leyes, es decir, ley formal en sentido orgánico. Pero resalta la Corte Constitucional que el Juez que no acate la jurisprudencia obligatoria puede incurrir en el delito de prevaricato previsto en el artículo 413 del Código Penal.

Encontrando de paso con esta decisión que la misma Corte establece unos controles legales al incumplimiento de sus precedentes, dando origen a investigaciones penales y a procedencia de acción de tutela por desconocimiento al mismo y sin que se permita una suficiente carga en la tesis expuesta.

CAPÍTULO III

6. COMENTARIOS GENERALES

En el Estado Social y democrático de derecho, la constitución y las leyes no solo son elaboraciones formales de contenidos, valores, dogmas, sino que recogen extra-típicamente o extra-normativamente situaciones que se reiteran entre sus destinatarios y que se deben solucionar acudiendo a métodos e interpretaciones que no siempre están contenidas en la ley formal. De ser la ley la única y absoluta fuente o basilar para llegar al culmen de administrar justicia, se llegaría al equívoco de dejar sin dispensar justicia situaciones que subvierten el orden social; dejarían sin solución justa una cantidad de irregularidades que normalmente se suceden al interior de toda sociedad, dado que aparejada con ese activismo social también deben ir los cambios y acoplamientos a la ley.

En la norma no está todo, al legislador se le escapan, le escasean distintas

manifestaciones sociales que no puede dejar de regular so pretexto de no estar en los mandatos legalmente expedidos, es por tanto y cuanto totalmente válido adecuar el sistema normativo a nuevas reformulaciones precisamente para cumplir con los fines del Estado, el cual se halla explícitamente señalado en el artículo 2 de la Carta.

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Constitución Política de Colombia. Artículo 2. Título I. Capítulo I, 1991),

Para ser garante de la protección de todos los ciudadanos residentes en Colombia. Luego si el Estado Social es caracterizado por realizar valores y principios de sus coasociados como la dignidad, derechos fundamentales, no sería de su esencia dejar de protegerlos aduciendo que no hay norma y que no se puede crear derecho porque se fractura el sistema de fuentes formales de las leyes, dejando en total abandono uno de sus más preciados postulados cual es servir a la comunidad, mantener un orden justo, promover la prosperidad..., con

esto no se pretende crear una teoría que sustituya el tradicional sistema de fuentes formales del derecho, se realiza es un esfuerzo por complementarlo precisamente, en la construcción de un mejor sistema jurídico que permita solucionar problemas de la sociedad.

El deber de aplicar los precedentes de los jueces de la República es jurídico de rango constitucional y emana de una norma de la Constitución o al menos, de cierto sentido que la Corte Constitucional le otorga a algunas de las disposiciones de la Carta Magna por tanto, es un precedente judicial que debe ser analizado y razonado respecto al caso que se resuelve, pero de ninguna manera omitirlo sin argumentar su disenso con el precedente. Desde ya se anuncia que nuestro sistema judicial a raíz de la producción de decisiones de las Cortes, se ve enmarcado en un camino cada vez más claro de la aplicación de los precedentes, prueba de esta afirmación la constituye muy recientemente la expedición de la Ley del 2 de junio del año 2012, fecha en que entró a regir la Ley 1437 de 2011, que dispuso en su artículo 102.

EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya

reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes (...)

(Código Contencioso Administrativo, 2011).

No sólo los precedentes emanados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia hacen resolver procesos o situaciones a su estudio acudiendo a la jurisprudencia de precedentes sino además los de las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado, las cuales obligarán de forma inmediata a los particulares y servidores del Estado ante los cuales se someta el litigio en estudio. De esta forma cobra razón en afirmar que una nueva tendencia del derecho Colombiano es la de la obligación de atender la jurisprudencia que provenga de las instancias de cierre, es decir, que el sistema de fuentes formales de leyes no se debilita, pero tampoco es el único en materia de solución y aplicación de normas, precisamente cuando la Carta Política autoriza acudir como obligatorio a su precedente y los de las demás Cortes, es una clara demostración que son la misma ley, que es la Constitución misma el precedente, por tanto su rigor aplicativo solo será desestimado en los mismos casos en que se hace con la Carta, como por ejemplo excepción de inconstitucionalidad, cumplimiento de los

tres supuestos antes analizados y también creados por la Corte en su decisión C-836 del 2001.

Si el análisis se aborda en los países donde tiene su gran fortaleza el *common law*, rápidamente se indica y considera que estos tampoco resuelven todos sus casos sometidos a jurisdicción con esta figura, desde luego también tienen leyes igual y corriente que en otros estados, lo que sucede es que en aquellos no es una tradición especial la ley formal sino que el Juez al resolver su caso acude a los precedentes y entonces sus sistema se generaliza con la utilización de éste, pero en nada se opone en esas naciones aplicar la ley formal cuando así sea necesario, pues en esos países tampoco el precedente constituye ni lo es norma ni ley que sirva para resolver todos los casos sometidos a decisión, por ende hay igual que en Colombia una flexibilidad al principio de la legalidad y estricta tipicidad.

En nuestro país, la teoría del precedente como toda institución novísima del derecho, al traerla o ponerla en práctica, encuentra resistencia en su aceptación, interpretación y aplicación, ello es no más que aceptado por cuanto nuestra tradición legal es eminentemente de fuente formal, arraigada en la norma, en el enunciado típico debidamente previsto en la vigencia de una ley previa expedida con las formalidades legales.

Valga la ocasión para traer a cuentas de lo que se estudia ejemplificar la poca acogida que se tiene por la comunidad jurídica de nuevas formas de administrar justicia y resolver los conflictos, en la actualidad los entendidos en derecho ven con muy pocas posibilidades de éxito la aplicación y utilización de la justicia transicional, de la justicia restaurativa porque no se acepta que hay múltiples métodos, formas de solucionar las diferencias conflictivas de la sociedad, repárese también la instituta de la conciliación como forma paralela o alternativa extra de resolver litigios, era mirada con escepticismo, como un obstáculo judicial, en la actualidad ese mecanismo está dando muchos resultados esperanzadores porque realiza la justicia más pronta, le permite a las partes ser coadyuvadores de la solución de su caso haciendo más participativa y democrática la administración judicial.

Si esas citas fueren insuficientes para ilustrar la resistencia a estrenar y ensayar nuevas formas de justicia, mírese lo que ocurre con la utilización de los instrumentos internacionales a los cuales Colombia se ha adherido para que se hagan legislación nuestra, lo que se ha dado en llamar “Bloque de Constitucionalidad” hay gran aceptación después de 20 años de la entrada en vigor de la Carta de 1991, ello sin dejar por fuera Convenciones, Pactos y Tratados Universales antes de 1991, pero recién integrados esos tratados y convenios en nuestra Constitución Política se percibía un ambiente enrarecido o de desconocimiento, por decir lo menos; paulatinamente el cambio se ha propiciado por expreso mandato de la Corte Constitucional que en sus fallos hace mención de normas contenidas en esos tratados que regulan el caso a fallar, ello

en principio no fue bien recibido, se repite la mentalidad era aplicar los códigos patrios exclusivamente. Incluso en los despachos de gran número de jueces no tenían la Constitución, porque su formación y costumbre era la de encontrar la respuesta a interrogantes y soluciones en los códigos. Afortunadamente el cambio ha sido rápido y la constitucionalización del derecho en este mundo globalizado ha sido más cercana que lejos de lo que se pensaba, es por ello que actualmente se hace necesario acudir a los tratados, convenios, constitución y hasta la jurisprudencia extranjera para ilustrar la realización de la justicia.

Entonces no es exotérico que así como hay un gran sector que propugna por la fortaleza, obligatoriedad del precedente judicial también a su lado caminan los detractores y defensores del sistema tradicional legal, pero en un futuro cercano se confirmará que la dinámica judicial debe ser progresista, adaptada a la sociedad actual, que no se puede defender críticamente el sistema de precedentes con razones formales sino sustanciales como lo ha decantado la Corte Constitucional y la Suprema de Justicia. Jamás se podrá concebir ni practicar el derecho solo con la norma, pues si en esencia es una ciencia de objeto social ella debe estar adaptada a los movimientos que se sucedan al interior de la sociedad revalidando usos, costumbres ya a favor o abandonándolos para afianzar los fines del Estado.

Si la historia de nuestro sistema jurídico tiene origen en la antigua Roma, en

esa ciudad también se prodigaron cambios, se produjo evolución igual en los restantes países no habiendo sido fácil ponerlo en práctica, inclusive se enfrentaban escuelas del derecho con postulados propios creando un clima de desconcierto en la sociedad, pero que tras el correr de los tiempos se modernizaba más el derecho. Un momento crucial del derecho en el mundo lo constituyó la filosofía, especialmente cuando Kant introduce los elementos normativos o kantianos para darle explicaciones más reales y ciertas al derecho, entonces ha sido el agotamiento del tiempo y los cambios producidos los que han hecho de esta ciencia una verdadera herramienta para dispensar justicia.

La teoría del derecho viviente hoy, como dirían otros de la modernidad, se erige en la protección de los derechos fundamentales, donde su principal postulado es brindarle mayores y mejores garantías al ser humano, ya utilizando las leyes formales o aplicando el derecho natural, de tal forma que si en el choque entre protección del derecho fundamental o humano y la ley, ésta última no regula el caso exactamente y se carece de norma (Durkheim, 1893), se acude a proteger el derecho fundamental a si sea en desconocimiento de la ley pero protegiendo el derecho amenazado o conculcado o puesto en peligro, en una repetida manifestación de nuestra Corte que lo importante o esencial no es la norma, la ley sino el destinatario de la misma y por ello ha dicho que no se puede servir e instrumentalizar al hombre para darle consistencia a la ley, sino que se debe utilizar la ley como medio para que el ser consiga sus fines en toda la dimensión y en los diferentes enfoques diferenciales, sociales, étnicos, culturales en que se

pueda estar desarrollando.

Luego de haber esbozado lo anterior, no queda duda que no es la ley en sentido formal la llamada exclusivamente a realizar la justicia como forma o valor de la sociedad, hay mecanismos nacidos de la misma Constitución, de la ley, como el precedente se levantan como estelares o estandartes de contenidos materiales de justicia como lo es el precedente judicial, la jurisprudencia, la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina. La jurisprudencia en la Constitución solo tiene fuerza de ley en los fallos de constitucionalidad, las otras decisiones judiciales por voluntad del Constituyente están por debajo de esos niveles valorativos.

No se puede negar que incluso los salvamentos de votos proferidos por jueces colegiados, en muchas oportunidades, están más cercanos a la misma ley, sin ser lo que la propia decisión mayoritaria resuelve. Decir o creer que las normas regulan todo es tan desatinado como que por falta de esta se deje de aplicar el derecho natural o no positivizado cuando la lógica y sus reglas ofrecen soluciones justas también, al paso y en la réplica de los disidentes del precedente muchos problemas judiciales se verían resueltos con fallos inhibitorios o llenos de impunidad y donde el Juez estaría supremamente atado al formalismo o bizantinismo que hoy se pretende y quiere derrotar ante el avance de la creación

de la teoría de derechos fundamentales, ante una proliferación universal de la necesidad de aplicar un activismo judicial que permita que la justicia sea más entendible y apreciada por el destinatario porque sirve a la resolución de sus diferencias en sociedad. El sistema de los precedentes es la minoría, solo los países con cultura anglosajona, mientras que la inmensa mayoría de los países funcionan sobre los derechos escritos. Cabe resaltar que en los eventos o casuísticas de aplicar el precedente no se le quita el gran valor que constituye el principio de legalidad, que es el que en la gran mayoría y por regla general debe imperar al dilucidar casos judiciales, la utilidad que brinda el precedente no es mayor ni está por encima de la constitución ni la ley. Siempre será la constitución, Convenios, Tratados, la ley las primeras normas jurídicas llamadas a aplicar, el aplicar el precedente constituye eventualidades y no generalidades.

En relación con el sistema de fuentes colombiano, establece que las autoridades judiciales, están sometidas al “imperio de la ley”, respecto de cuyo concepto la jurisprudencia constitucional ha esclarecido que, a partir de una interpretación armónica con la integridad de la Constitución, incluye igualmente el precedente judicial que determina el contenido y alcance normativo de la ley. Es el artículo 230 de la Carta Política que inicia describiendo “los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley” (Constitución Política de Colombia. Artículo 230. Título VIII, 1991). En verdad es un imperativo categórico,

que cuando usa el adverbio “solo” denota la ausencia o presencia de otro, pero como la norma, o en este caso la ley, tiene como destino a los ciudadanos, no puede aplicarse fría y absoluta, tiene sus límites cual es la aplicación de ella y sus consecuencias derivadas; el imperio de la Ley en cuanto tal entiendo el principio según el cual cualquier acto del Estado deber estar sujeto a la “Ley” (en el sentido genérico o “material” de fuente del derecho objetivo), es decir, a las normas jurídicas que lo gobiernan. Resulta inútil decir que dicho principio exige que toda sentencia del Juez esté realmente gobernada por normas jurídicas, que no existan decisiones basadas en principios axiológicos y deónticos, cuando en la praxis judicial, en su ejercicio general es bien entendido que las decisiones judiciales tienen componentes estructurales variados, entre los que se destacan la normatividad que sirve de soporte al caso a dilucidar, que no es siempre la ley formal.

Si el derecho regula comportamientos que se suceden en la sociedad, resulta utópico asegurar el orden y fines del Estado solo basados en normas, porque de seguro nos encontraremos con circunstancias del mundo fenomenológico que no logra internalizar la ley, pero que de todas maneras el Juez debe velar como solucionador de conflictos, aunque la norma no permita enteramente la solución, apoderarse de principios, usos, costumbres que permitan fallar en derecho. Es aquí cuando el Juez sienta nuevas decisiones que irrumpen como novedosas y

afianzadas en valores y deberes, lo mismo que de mínimos estándares de derecho natural al solucionar el caso, por lo tanto la ausencia de norma (anomia) no sería excusa para fallar si se cuenta con otras institutas como la equidad, los principios generales, la jurisprudencia, la doctrina, costumbre que permiten darle aplicación sin necesidad que apodóticamente estén regulados formalmente, dejar sucumbir el derecho por falta de ley formal sería crear un caos social o por lo menos patrocinarlo. Ningún sistema jurídico en el mundo es completo o absolutamente eficiente para aplicarlo a todos los casos sometidos al poder judicial, es precisamente la dialéctica social la que va impulsando la creación de nuevas formas de solucionar diferencias.

El precedente resulta asimilarse a la misma constitución, la misma Ley cuando ha sido salido de sus entrañas y se erige en una novedosa alternativa legal que permite decidir en ausencia de normas formales, se propician oportunidades para que el Juez sea un creador de derecho, un solucionador de conflictos porque de otro modo la separación de poderes de los Estados sería amenazada por el surgimiento de vías de hecho, arbitrariedades que resultan peor que la aceptación que el Juez crea derecho, precedentes para solucionar el tema sometido a su estudio. Como corolario es acertado, válido y obligatorio darle aplicación al precedente con el mismo rigor que la ley formal. Así como la ley es de aplicación forzosa como fuente primaria para dirimir litigios, en ese mismo sentido el precedente se aplica por disposición de la misma Constitución, pues los fallos de la Corte Constitucional cuando ejercen el control a las leyes reproducen en sus

decisiones a la Carta Política, quienes predicán y teorizan que el derecho se vuelve débil ante la adhesión del precedente y que finalmente esas decisiones se convierten en ajenas al derecho o que son <la huida de la ley>, desestiman la aplicación del neo-constitucionalismo y del moderno activismo judicial. Ya desde hace épocas pretéritas pero latentes se ha hablado del “Juez no convidado de piedra”³ para darle alcance a que se debe ejercer por el servidor judicial una acción proactiva al decidir, no inmóvil ni estéril, el Juez debe producir decisiones aún en ausencia de ley formal.

El imperio de la ley es un principio puramente formal, nada dice sobre el contenido del derecho, carecería de relevancia práctica si no limitara a los demás poderes pero también si exclusivamente no permitiera que se aplicaran normas que no constituyan la ley formal tantas veces dicha, ahora ¿sería mejor que el ejecutivo decidiera situaciones que la Carta Política adscribe al poder judicial? la respuesta no se hace esperar, no porque si el poder judicial tiene la función de aplicar la Ley pero esta no existe como fuente primaria es a esta misma autoridad a quien le corresponde dilucidar el proceso o pleito y no dejarlo irresoluto o transferirlo a otra rama del poder público porque entonces si sería más nociva la aplicación de la ley que la solución.

³ Al juez penal se le encomienda el control de las garantías. no es un convidado de piedra y por ello debe cumplir diferentes funciones. Corte Constitucional. Sentencia C - 144 de 2010.

La utilización del precedente, la jurisprudencia, principios generales de derecho y la equidad no excluyen, derogan, ni sustituye la ley formal. Ya en la Sentencia C - 083 de 1995, del Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional sostuvo que, al señalar a la jurisprudencia, como "criterio auxiliar de la actividad judicial", debe entenderse que el constituyente quiso darle un mayor alcance a este concepto, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea con sus fallos, pautas de orientación a los tribunales y jueces, lo hacen también otras corporaciones judiciales como son el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, afirmó que las orientaciones establecidas en dichas sentencias no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales (Corte Constitucional. Sentencia C - 083 de 1995. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

6.2 El Control y Obligatoriedad del Precedente.

Un control efectivo en el respeto y vinculación del precedente judicial, sin duda alguna, lo constituye el recurso extraordinario de casación, los fallos de tutela, donde las altas Cortes tienen la oportunidad de examinar las decisiones que son acogidas por los Jueces sin aplicar el precedente y sustentando su teoría

disidente, para corregirlas y reiterarles que el precedente ante situaciones donde estén demostrados los mismos supuestos de hecho que sirvieron para proferir el precedente deben observarse, aun así no sean acatados por los jueces.

Si los Jueces en su separación o desconocimiento del precedente persisten en su inaplicación, podrían estarse avocados a procesos penales por desconocimiento de la obligatoriedad con tal instituta y podrían resultar condenados, o al menos investigados, si su separación no colma la exigencia de su desacato también desarrollada por la Corte Constitucional. Un claro ejemplo que la Corte si ejerce control a la obligación del precedente es el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal ⁴ al tomar una decisión en un proceso ejecutivo laboral el Juez natural que llevaba el proceso no acató un precedente jurisprudencial de la sala civil de la Corte Suprema, se apartó del mismo sin la debida sustentación y terminó condenado por prevaricato. Este último mecanismo de custodia al precedente resulta ser fragmentario o como dicen los penalistas de última *ratio*. Existe ante esos desafueros del Juez la oportunidad de corregir tal desacierto mediante acción de tutela, pues así lo ha dicho lo Corte que entre sus causales de procedibilidad de este amparo de derechos fundamentales es perfectamente la introducción de la tutela por desconocimiento al precedente judicial.

⁴ La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, bajo el Radicado 39.456 fechado 10 de abril de 2013, condenó por prevaricato al Juez Promiscuo del Circuito de Ayapel - Córdoba, M.P José Luis Barceló Camacho.

El desconocimiento del precedente jurisprudencial, tal como tantas veces lo ha dicho la Corte, constituye una vía de hecho la cual está prevista como causal especial de procedibilidad de la acción de tutela, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el Juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

6.3 El Precedente y el Consejo de Estado.

A esta alta colegiatura tampoco le ha sido indiferente el tema de estudio. En principio quiso no atender lo ordenado por la Corte Constitucional en fallos referidos al precedente, esto ante decisiones antagónicas que motivaran enfrentamiento al producir decisiones en materia de tutelas especialmente, o lo que se ha llamado “Choque de Trenes”.

Al consolidar la Corte Constitucional su arraigo a la teoría del precedente no solo el Consejo de Estado varía su decisión de no acatarlo sino que empieza a fortalecerlo reafirmando lo ya tratado por la Corte Constitucional, fue así que el Consejo de Estado, (5 de abril de 2001) en Jurisprudencia del Magistrado Ponente

Rafael Vergara Quintero expresó, en relación con el precedente judicial, que los jueces al momento de fallar estaban obligados acatar las decisiones de los jueces de mayor jerarquía y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones, ordinaria, contenciosos administrativa y constitucional. Asimismo, advirtió que no era una facultad discrecional del funcionario, sino un deber de obligatorio cumplimiento. Jurisprudencia que a pesar de su inicial separación con las producidas por la Corte Constitucional retoma su mandato y fortalece completamente lo antes reiterado por la Alta Corte, se consolida su mandato constitucional ya extendido a las demás instancias judiciales y administrativas del país.

No obstante lo anterior, el acatamiento al precedente judicial no puede ser absoluto, no se trata de disminuir y estatizar la interpretación judicial ni convertir el criterio de una autoridad judicial en el único posible para resolver un caso concreto, realmente se trata de armonizar y salvaguardar los principios constitucionales que subyacen en defensa del precedente. Por lo dicho se ha llegado a la conclusión que tanto jueces como magistrados, en virtud de su autonomía, puedan apartarse del precedente siempre y cuando se cumpla con los requisitos estipulados por la Corte Constitucional, los cuales fueron analizados anteriormente.

Se tardó mucho en reconocer al precedente la calidad de fuente legal, aunque

no formal, pareciera improbable su aplicación, no es imposible. Incluso, es factible que algo no sea tan improbable como pudiera pensarse, sino que nuestras creencias (inferencias, imposturas y falacias, tradición jurídica), impiden su reconocimiento como realidad. Algo así pasa con la jurisprudencia de precedentes de la familia jurídica colombiana, donde se primó la Ley como fuente de derecho, y se dejó de manera residual a la costumbre y los principios generales y sin embargo hoy, la jurisprudencia reemerge y reclama su presencia sin que pueda constituir ningún riesgo para el sistema estatal de normas provenientes del legislativo ni mucho menos la pérdida de autonomía de los Jueces al hacerlo útil para resolver situaciones ya definidas en un antecedente y tampoco se pretende o persigue convertir el poder judicial en legislativo, ni quizá ignorarlo como lo pretenden los opositores y desconocedores del precedente.

El desconocimiento del precedente constitucional afecta derechos fundamentales de los destinatarios de las normas, puede conllevar a una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, casos ante los que se puede configurar el delito de prevaricato y la procedencia de tutelas para arreglar arbitrariedades o vías de hecho, tal como está prevista como causal especial ante la interposición de tutela para proteger los derechos fundamentales.

Posteriormente, a través de diversos fallos de tutela, se empezó a surtir un cambio en la postura de la Corte respecto de la fuerza normativa de la jurisprudencia. Las distinciones contenidas en la Sentencia C-083 de 1995, abrieron la puerta para que los propios jueces, de cara a situaciones de hecho concretas, reconocieran la necesidad de que casos iguales recibieran un tratamiento igual, garantizando por un lado la seguridad jurídica, pero sobre todo, asegurando la aplicación del precedente por parte de los jueces que administran justicia. La sentencia T-123 de 1995 constituye el inicio del giro doctrinario en esta materia: “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)”. Se enfatiza en esta oportunidad”⁵.

⁵ Corte Constitucional Sentencia T-123 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En relación con el sistema de fuentes colombiano, este establece que las autoridades judiciales, están sometidas al <imperio de la Ley>, de cuyo concepto la jurisprudencia constitucional ha esclarecido que, a partir de una interpretación armónica con la integridad de la Constitución, incluye igualmente el precedente judicial determina el contenido y alcance normativo de la ley.

6.4 Autonomía e Independencia del Juez al Decidir.

En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, judiciales al momento de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado la Corte que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la Ley, y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional. De esta manera, una vez establecida la interpretación de la Ley y de la Constitución por los máximos tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador judicial y administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial, obligación que se torna absolutamente estricta cuando se trata de decisiones de control abstracto de constitucionalidad con efectos *erga omnes*.

Dentro del marco normativo de los artículos 228⁶ y 230 de la Carta Política se debe admitir que los servidores de la rama judicial y administración pública prima facie deben consultar el mercado legal al seleccionar las normas que se utilizan para regular el tema o problema a resolver, con la única limitante que en esa libertad y autonomía se acaten los mandatos constitucionales, lo cual es perfecto y coherente en un Estado social de Derecho, pues la libertad no está dada en que el Juez se sirva de su particular y caprichosa manifestación legal, no por el contrario, que el juicio, raciocinio sean conforme a la premisa que se plantea como problema y ello se resuelva aplicando los postulados constitucionales, de esta forma la libertad del Juez no debe confundirse con la arbitrariedad, como tantas veces se ha dicho en otros espacios, sino en anteponer razonamientos ponderados, proporcionales, necesarios, razonados donde se disminuye o retira cualquier intento que desemboque en una vía de hecho.

Ha reconocido la jurisprudencia patria que la autonomía del Juez tiene límites al interpretar la ley y aplicarla, precisamente porque se puede equivocar se han implementado controles de clase horizontal y vertical, especialmente, los recursos de reposición, casación, fallos de tutelas en sala de unificación, consulta, para que se revisen y obedezcan a criterios razonados, legales que definan y concreten la

⁶ La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo constitución política colombiana.

justicia y no la particular apreciación de los Jueces.

En estos controles se revisan entre varias razones de la decisión, el respeto al orden jurídico, al principio de igualdad, en general al debido proceso procesal y sustancial, que no es otra situación que el acatamiento de la Constitución, dentro del cual se encuentra el precedente judicial; solicitar al Juez que consulte el ordenamiento jurídico al tomar decisiones, no es obligarlo a que se decida con argumentos o precedentes de otras instancias. Jamás, es un llamado a la reflexión, a que si desea separarse de antecedentes judiciales cumpla un mínimo de requisitos que lo saquen de la arbitrariedad o de la subjetividad, por manera que sigue y le será siempre posible arrimarse a sus formas propias de interpretación de la ley, escogencia de métodos interpretativos y aplicación de argumentos, es decir, que la autonomía y libertad están regladas por la misma ley, lo que descarta o posibilita cualquier intento de contradicción del orden justo, de desconocimiento del principio de igualdad y permite darle tránsito a la aplicación de normas que justifiquen el Estado Social de Derecho.

Finalmente, la sentencia T-238 de 2011, el Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla que apunta hacia la autonomía e independencia, se evidencia según lo que se expone a continuación:

La sin igual importancia de esta función es tal que las personas o funcionarios a cuyo cargo se encuentra constituyen una de las tres ramas del poder público que históricamente, pero sobre todo en las épocas más recientes, conforman los Estados. Según se ha reconocido también, la autonomía e independencia de la Rama Judicial respecto de las otras ramas, así como la de cada uno de los funcionarios que la conforman, es condición esencial y necesaria para el correcto cumplimiento de su misión. Estas elementales consideraciones se encuentran presentes en la Constitución de 1991, desde su preámbulo y sus primeros artículos, en los que repetidamente se invoca la justicia como una de las finalidades del Estado y se alude a la intención de alcanzar y asegurar la vigencia de un orden social justo. Para ello, más adelante, el Título VIII de la carta política determina entonces el diseño institucional de la Rama Judicial y establece las funciones de los distintos órganos que la integran. Sobre estas bases, en años recientes esta función ha sido definida por el legislador (estatutario) en los siguientes términos (Consejo Superior de la Judicatura. sentencia T-238 de 2011, el Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 2015).

No es empezar una edificación o reforzarla con un juego de palabras para justificar la aplicación del precedente judicial, el cometido es otro, el de un activismo judicial acorde a la época del desarrollo de la sociedad moderna; servidores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial,

aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia. Estos postulados no solo tienen vigencia al aplicar estrictamente la ley formal o de origen legislativo, sino también cuando se acatan los producidos por las Cortes autorizadas cuando interpretan la Constitución y la Ley, e incluso los tratados internacionales, la jurisprudencia extranjera. Excepto la jurisprudencia de los tratados sobre derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la jurisprudencia extranjera no tiene ninguna validez, excepto la académica, que sirve igual que la doctrina.

El procedimiento de aplicar justicia es complejo, delicado pero preestablecido en la ley, el intérprete de la norma debe vivificarla, hacer posible la pervivencia del derecho, porque si se desatiende con el pretexto de no estar total o parcialmente en el mandato abstracto el sistema de dispensa de justicia sería menos dúctil, y por ende menos aplicable.

La construcción del precedente tiene su importancia en la medida que la función del Juez no es solo aplicar la ley formal, en muchos casos tendrá que crear derecho para solucionar el caso planteado, no se puede pretender que el Juez esté atado a un cúmulo de leyes definidos por el Estado que lo hagan inmóvil, porque ello trae consecuencias cuales son las de los casos que no recoja la ley quedarán sin resolver y se llega al punto de no administrar justicia por defecto del legislativo que limita solo a aplicar la ley formal. La aplicación de la norma no es mecánica, rígida por el Juez, la norma general – ley formal – no contempla el acto de aplicación se hace al amparo de interpretaciones normativas y que abarquen distintas posibilidades.

6.5 Distinción entre Precedente Judicial y Jurisprudencia.

Si bien los términos precedente y jurisprudencia no son sinónimos, algunos estudiosos del derecho lo hacen de esta manera quizá por sencillez. Tal es el caso de Taruffo, quien afirma que pese a la utilización deliberada que hace de los términos en cuestión, la realidad es otra, aunque en el lenguaje corriente sus significados son poco diferenciados, en la gran mayoría de las ocasiones.

El autor en mención sostiene que hay una gran diferenciación entre precedente y jurisprudencia y ello se puede evidenciar en algunos aspectos que pueden abordarse desde lo cuantitativo, si se pudiera decir de tal manera.

“El hablar del precedente hace generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de la jurisprudencia se hace, generalmente, referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos” (Taruffo, bixagb, 2015a).

Desde este punto de vista la diferencia no vendría a ser únicamente de tipo semántico. El hecho es que en los sistemas que tradicional y típicamente se fundamentan en el precedente, tal y como lo sostiene Taruffo, generalmente la decisión que se asume como precedente es una sola; más aún, pocas decisiones sucesivas son citadas para sostener el precedente. De este modo, es fácil identificar cual decisión verdaderamente “hace precedente” (Taruffo, 2015b)

En otros sistemas, como por ejemplo, el italiano, cuando se alude a la jurisprudencia, se hace referencia generalmente a muchas decisiones. Frente a la cuestión el autor en mención, sostiene que:

“algunas veces son docenas, o inclusive centenas, no obstante que no todas vengan citadas expresamente. Esto tiene varias implicaciones, entre las cuales está la dificultad, a menudo difícilmente superable, de establecer cuál debe ser la decisión verdaderamente relevante (si existe alguna), o bien de decidir cuántas decisiones se requieren para poder afirmar que existe una jurisprudencia relativa a una determinada interpretación de una norma” (Taruffo, 2015c).

Al tratar de realizar una separación nítida entre precedente y jurisprudencia, no es posible cohesionar una definición fuerte de cada uno, ambos tienen lugares comunes pero especiales aspectos que lo distinguen el uno del otro, pues si bien la sentencia C-836 de 2001 demarcó unos requisitos, la verdad es que no está hoy día bien delimitada ese punto de quiebre. Cuando se estudian decisiones de las Cortes de cierre en muchas se encuentran argumentos que impiden acercarse a una pronta diferencia, pues en algunos apartes se trata inapropiadamente lo que constituye precedente de jurisprudencia y consecuencia de ello es propiciar una confusión, ello es tan cierto que en algunos libros y escritos al referirse a jurisprudencia se hace con la misma estima que al precedente y lo contrario, lo que denota poca claridad y mucha confusión en la comunidad jurídica al utilizar estas categorías jurídicas que finalmente son distintas pero que hacen parte del mismo todo o género.

El análisis de fondo que hace la Corte para tomar partido de una y otra categoría lo enfoca en la distinción entre “*decisum*” y “*la ratio decidendi*”, para referirse específicamente al precedente judicial, al paso que en las decisiones ordinarias de las Cortes las exigencias obedecen a aspectos fácticos, probatorios, personales, metodológicos, argumentativos que si bien son comunes a ambas se remarca más en el precedente en temas de los precitados.

Así, pudiera decirse que tempranamente se llega a la conclusión que todo precedente judicial es jurisprudencia pero no lo contrario, esta distinción ha sido creada por la misma Corte Constitucional en tanto son partes de una sentencia de constitucionalidad el “*decisum*” y “*la ratio decidendi*”. El primero, vale la pena recordarlo, es la decisión (de carácter general y abstracto o de carácter particular y concreto) que resuelve el caso particular en discusión, y el segundo, es la norma general y abstracta en la cual se fundamenta dicha decisión. Así se encuentra ilustradamente, por demás, en cualquier jurisprudencia o doctrina que trate la materia, incluyendo la de la misma Corte Constitucional nuestra.

Por tanto, no se puede considerar en las decisiones, que ambas categorías judiciales tengan la misma significación, es decir, confundir sus efectos con la nominación, porque eso sí está decantado universalmente y consecuente con ello la separación es necesaria para salir de la inapropiada utilización que se está

haciendo en Colombia, aunque no dudamos, que en lo sucesivo irá creciendo la separación y con ello una fortificación de la teoría del precedente. Conviene puntualizar que no son varias decisiones de las Cortes de cierre las que le dan fuerza al precedente, solo una que contenga en su *ratio decidendi* un aspecto trascendental y novedosa puede alcanzar el calificativo de precedente.

El profesor García Amado señala en su trabajo que la sustancia del debate se centra en el supuesto de que el Tribunal Constitucional cree "... una norma nueva, que no estaba previamente enunciada en la Constitución ni resulta de la opción entre una de las interpretaciones posibles de algún enunciado constitucional".

Sostiene que cuando el órgano de control de la Constitución se arroga una facultad de tal naturaleza, se afectan la separación de poderes y las potestades del legislador democrático (García J., 2012a). De tal manera que la solución, interpretando al citado autor, es que nuestra Carta Política en el artículo 230 regule o se incluya a la jurisprudencia de precedentes como forma de solución y se asimile dentro de la misma jerarquía de la ley o que se agote la disputa que el precedente sustituye la ley o deroga la misma constitución como lo han planteado los antiprecedentistas.

Podríamos resumir la posición del autor en mención, citando un primer artículo

sobre el mismo tema donde afirmó que

“... como veremos al acabar, en ningún momento pretende el Tribunal que su capacidad normativa, sobre la base del ‘precedente constitucional’, sea de tipo puramente anulatorio. Es decir, no se conforma con estirar su competencia anulatoria *erga omnes* a los procesos que no son de control abstracto de constitucionalidad, sino que se trata de asumir funciones propia y puramente legislativas” (García J., 2008b).

Para Vélez Moro “El Tribunal Constitucional Peruano, en una de sus decisiones más paradigmáticas y concluyentes, ha señalado que se encuentra habilitado para ejercer potestades legislativas” (Vélez, 2010). Intenta expresamente demostrar que este alcance del precedente constitucional constituye una concreción del neo-constitucionalismo en <<su plasmación más exagerada>>.

En Colombia parecería que tal afirmación cobre amplia aplicación cuando la Corte Constitucional se atribuye competencia para regular las leyes, su condicionamiento, entendimiento, pero en el fondo no hace otra cosa que legislar, negar que los mandatos de la Corte en su control abstracto e interpretativo de las leyes no obliga es restarle aplicación al precedente judicial, al extremo, como antes se dijo en este trabajo que el precedente es la misma Constitución porque

emana de esta, y más claro que los Jueces cuando incumplen el precedente incurren en prevaricato, lo que si bien analizado fortalece la aplicación del precedente por una lado, a su paso la Constitución crea una figura extra o mixta de darle en sus fallos ordenes al legislativo para crear leyes en tal y cual sentido como lo hizo en el pasado reciente en la sentencia la Corte Constitucional a través de la sentencia C-390 del 2014, con ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos, donde obliga al congreso a legislar acerca del plazo razonable entre el escrito de acusación y el inicio del juicio oral en materia penal y expide el legislativo el 6 de julio de 2015 la ley 1760 acerca de la materia en comento, pero eso si cumpliendo incluso con el plazo que le fijó el alto tribunal que debía ser antes del 20 de julio de 2015 .

El precedente y la jurisprudencia constitucional tienen, y deben tener, efecto vinculante ya que, contra lo que sostienen, quienes dicen que entonces no hay separación de poderes, que se deroga la Constitución, artículo 230, el sistema constitucional no puede permitir que coexistan dos interpretaciones de la Constitución.

Pudiera decirse a modo de conclusión que no hay “golpe de estado” cuando el Tribunal Constitucional establece una regla con carácter de precedente sino ejercicio legítimo de su función principal que consiste en garantizar la supremacía de la Constitución. Si el Tribunal Constitucional solo le fuera competente adaptar

sus decisiones exclusivamente al dogma, a la norma, cuando estas no estuvieren tipificadas en texto ninguno no se podrían realizar desarrollos e interpretaciones que enmarcadas precisamente en principios que inspiran y materializan un nuevo constitucionalismo permiten la realización de la justicia en un país, por lo tanto muchos casos sometidos a estudio jurisdiccional quedarían sin resolverse, ese dinamismo o activismo constitucional ha permitido avanzar en la búsqueda de notables soluciones por vía de precedentes que son tan validas que luego se ratifican en leyes formales, lo que quiere decir, no esquivo al derecho, la producción y aplicación de nuevos pronunciamientos si ellos son la misma ley bien interpretada.

El derecho se dinamiza y se actualiza no de lo rígidamente establecido, sino de los cambios sociales. Ahora podría preguntarse ¿será necesario adaptar una norma en el legislativo y desconocer y crear una nueva postura para proteger un derecho? Creo que no, esperar los dispendiosos trámites de las leyes en sus plurimas sesiones en el seno de comisiones y plenarias para luego sancionar la ley y después aplicarla no es otra razón que estatizar el derecho, negarle dinamismo y dejar impunemente sin definir aspectos legales que por vía de novedosas interpretaciones que realizan la constitución se soluciona la diferencia o tema sometido a jurisdicción.

Entendemos que si el órgano de control de la Constitución respeta los

supuestos que justifican la emisión de un precedente desarrollado a partir de la sentencia C-836 de 2001 su actuación es cabalmente legítima; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico, es el resultado de un amplio estudio que permite la aplicación de un derecho activista y acorde a los nuevos cambios sociales.

El fenómeno del juez que toma partido y, en vez de limitarse a interpretar el Derecho preestablecido dado, procede a construirlo sobre la marcha, es algo cada vez más habitual y afecta a todos los sistemas de justicia del mundo, al menos esto se está viendo en muchos países donde hay sistemas legales formales, ahora aunque el sistema sea legal nunca resulta demás ni afecta a la administración de justicia que se analicen las decisiones similares al tema que se está resolviendo, esto genera una mayor coherencia, realización del principio de igualdad, lo que se traduce en una mejor manera de administrar justicia, finalmente si se quiere acatar el precedente bien lo puede hacer, pero si es su convicción el abandono del mismo también puede decidir el Juez con una inaplicación del mismo pero superando los requisitos a él impuesto, de todos modos nada es absoluto en el derecho universalmente dicho.

6.6 Teoría del Anti precedente Judicial.

A pesar de esta formulación tradicional, en los años posteriores a la expedición de la Constitución de 1991, en las altas cortes y en la doctrina nacional se trabó una discusión en torno al problema de si las sentencias judiciales, y sobre todo las de la Corte Constitucional, debían tener el carácter de precedente (Bernal C., Informe nacional preparado para el Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, 2006). Desde entonces, en esta discusión ha sido posible identificar una tesis escéptica y otra optimista.

Un grueso número de notables tratadistas del derecho, que restan validez y obligatoriedad al precedente, entre ellos los doctores Javier Tamayo Jaramillo. Dice el doctrinante citado que la Corte Constitucional desde el año 1991 volvió obligatorio el precedente, lo que se transmite en una clara violación al artículo 230 de la Carta Política, pues esta norma considera a la jurisprudencia como simple criterio auxiliar de la actividad judicial, afirmando el autor que la Constitución en la norma 230 solo le da el carácter de fuente subsidiaria a la jurisprudencia, “la obligatoriedad le proporciona más consecuencias nefastas al ordenamiento jurídico que beneficios”, los opositores esgrimen que el precedente judicial es compatible únicamente con sistemas de derechos consuetudinario, que atenta contra el principio de independencia, porque en Colombia los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, y que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Para tales críticas la praxis demuestra que la mayoría de temas controvertidos

culminan siendo definidos en las instancias con la guía de alguna sentencia o línea jurisprudencial, si la hubiere, de la Corte Suprema de Justicia, y de igual manera de cualquiera de las altas Cortes según su especialidad, con arreglo a la manera como sus salas de casación entienden que deben resolverse.

Siguen los que desprecian el precedente como instrumento jurídico necesario y obligatorio, distinta al sistema formal de derecho, manifestando que si el precedente interpretara la constitución a si hubiera sido expresado en la Carta sin el más mínimo reparo, no se suscitara la discusión que hoy se presenta, como si lo que no estuviera en la ley y su consagración no se pudiera utilizar o manejar o no pudiera tener aplicación en el futuro, pues según estos teóricos se suplanta al constituyente primario cuando de aplicar precedentes y jurisprudencia se trata. Ellos han entendido que cuando se dice que la “...jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad de la ley” interpretan lo “auxiliar” como si fuera secundario, y el imperio de la Ley como dogma primario, es decir, que en ese sentido de entender el artículo 230 de la Constitución arriman a esa conclusión la cual no comparto y es solo una de las muchas que se puedan hacer, porque la Corte al hacer el estudio y configuración del precedente no desatendió el artículo 230 superior, claro lo hizo observando su literalidad y finalidad, entonces no se concluye que fue una deficiente interpretación o sesgada si ya las restantes Cortes han armonizado la teoría fundada en el precedente y remarcada por esta, no pueden estar equivocados todos los magistrados de las altas Cortes, ni el sector mayoritario de los doctrinantes más acreditados del país.

La interpretación de “auxiliar” no implica que la jurisprudencia, doctrina, equidad, principios generales de derecho deban aplicarse de forma residual o en defecto de la existencia y validez de una norma formal, creo que estas categorías se integran en una interpretación sistemática, de textura abierta y no cerrada. Vaya que sistema de perfecto e infalible el que apetecen los detractores del precedente, reclamarle al hombre que todas sus obras sean perfectas, desconociendo que el evolucionismo judicial cada vez sitúa a sus beneficiarios de mejores fallos y trato de una mejor satisfacción de sus derechos fundamentales.

De los opositores al precedente se dice que el sistema jurídico colombiano está basado en el principio de legalidad y en la estructura de valores y derechos fundamentales, no admiten flexibilizar normas, y si ello es realizado por los Jueces están desconociendo el Estado de Derecho, postura de la que disiento totalmente, pues no es la firmeza de la ley la que legitima al Estado y sus componentes es el respeto a las normas, es el deber y obligación del Estado Social satisfacer sus necesidades para no subvertir el orden, para procurar conseguir los fines y la seguridad de los ciudadanos, realizando la justicia bajo la ley que no es solamente la creada por el congreso Colombiano sino también aplicando jurisprudencias foráneas que ayuden a resolver el tema en litigio, aplicando tratados, convenios e instrumentos que faciliten el logro de una verdadera justicia material. Los

representantes y titulares de la inaplicación del precedente (Velásquez, 2013), bien podrían confeccionar una tesis demostrativa aceptando que no es obligatorio, al menos, acogieran la obligación de sustentar la carga argumentativa suficiente y dejarlo de lado, a condición que el problema a estudio se solucione basado en la ley formal. Pero si deben propugnar porque la solución sea ajustada y no hacerse a un lado y no dirimir el conflicto defendiendo la inflexibilidad de la ley. Esto traería consecuencias que desvertebrarían el sistema judicial al no encontrarse respuesta a muchas diferencias llevadas a los estrados judiciales dejando una sensación en el ciudadano demandante de justicia un muy mal sentimiento adverso y estimulándolo a aplicar vetustos métodos de resolver los conflictos.

Si los defensores de la ley formal como fuente absoluta de solución a los casos llevados al Juez quieren despreciar el evolucionismo constitucional, también inadmitirán otras posturas de tribunales nacionales e internacionales que han avanzado enormemente en temas relacionados con los derechos fundamentales, hoy se predica y aplica en protección del ser humano el derecho natural si el *jus* positivismo no engendra la solución, de modo que no se puede dejar de proteger la dignidad de una persona anteponiendo que la ley formal no recoge el caso, pero que tampoco se pueda aplicar un precedente que se haya proferido para los mismos fines. La ganancia de no aplicar el precedente judicial, del que tanto propugnan los defensores, se paga con un alto costo de estaticidad del derecho, de involución de la jurisprudencia, de desconocer que los precedentes contienen en su elaboración todo un contenido legal y que por tal condición hacen parte del

sistema jurídico.

6.7 Tesis Optimista Del Precedente Judicial.

La tesis optimista⁷, por su parte, ha rebatido con éxito la escéptica con base en tres argumentos, que han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional en un proceso de enmienda de sus pronunciamientos iniciales.

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

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

⁷ Corte Constitucional sentencia C-836 de 2001, Doctrinantes Diego Eduardo López Medina, “El derecho de los Jueces”, Carlos Bernal Pulido “El derecho de los derechos”

3. El respeto del principio de igualdad –el derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros.

El tercer argumento aduce es posible desvirtuar la interpretación estricta del artículo 230 de la Constitución en que se basa la tesis escéptica. Por una parte, el reconocimiento de que los jueces están vinculados a la jurisprudencia no pone en peligro la independencia judicial.

La independencia judicial se garantiza cuando el Juez está vinculado al sistema de fuentes del derecho y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado. La atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia implica que el Juez está sujeto a las sentencias judiciales que han resuelto casos pasados, y no a las opiniones o intereses de los demás jueces, sobre todo de los magistrados de las altas cortes (Bernal C., Revista de Derecho del Estado).

En esta cita el tratadista Bernal Pulido, admite que al inicio de la vigencia de la Constitución de 1991, se proclamaba por la validez exclusiva de la ley, ellos fueron varios de los integrantes de la primera Corte, se impuso esa doctrina en la sentencia C-131 de 1993, en la cual, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “obligatorio” contenida en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 que

establecía: La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

La tesis de la obligación de acatar el precedente ha venido siendo acogida desde la expedición de la sentencia C-037 de 1996, donde la Corte modifica su anterior posición de posicionar a la ley para darle carácter obligatorio y vinculante al precedente judicial e inclusive para las demás Cortes, de ahí en adelante muchas han sido las sentencias de constitucionalidad, de tutelas, de unificación donde se refuerza cada vez más la teoría de la vinculación judicial al precedente de las altas Cortes.

Con base en la argumentación anterior puede concluirse que a pesar de que el derecho colombiano tiene la estructura y los fundamentos de un sistema de derecho continental, después de una evolución posterior a la Constitución de 1991, tanto el derecho positivo como la práctica han llegado a reconocer que las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente. Este carácter se fundamenta en una renovada interpretación del artículo 230 de la Constitución, según la cual, la jurisprudencia, que explicita el contenido normativo de las disposiciones jurídicas, forma parte del imperio de la ley que resulta vinculante para el Juez. Esta interpretación, asimismo, es coherente con el respeto del principio de igualdad y con la búsqueda de coherencia y estabilidad en el

ordenamiento jurídico.

Asimismo, se ha señalado que mientras una sola sentencia de la Corte Constitucional tiene el carácter de precedente, en la jurisprudencia ordinaria sólo habrá precedente cuando se construya una línea jurisprudencial de, por lo menos tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho. En los precedentes, sólo la *ratio decidendi* vincula a los jueces, quienes deben aplicarla para solucionar los casos futuros, a menos que puedan aducir razones bien fundadas para apartarse de ella, en caso de que ocurran los supuestos en que el precedente deba ser inaplicado o modificado.

Finalmente, debe decirse que la fuerza vinculante del precedente parece consolidarse cada día en la práctica jurídica colombiana. No obstante, aún hay por lo menos dos obstáculos, uno institucional y uno fáctico, que dificultan su desarrollo. El institucional es la carencia de una delimitación de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, que determine con rigor los ámbitos de vinculación de la jurisprudencia de una y de otra. El fáctico es la carencia de compilaciones exhaustivas de la jurisprudencia, que permitan su divulgación, y de una dogmática que la analice, la construya en forma de sistema y la critique” (Bernal C., *El Precedente en Colombia*, 2008).

6.8 Colombia se adscribe al sistema del *Common Law*.

Sin parar en reflexiones es un sistema de fuentes formales legales, nada es oponible a esa aseveración, pero piénsese que por muy decantado que sea el órgano jurisdiccional siempre tendrá la <<necesidad>> de acudir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho, la equidad, ello no margina ni muda al sistema jurídico a uno u otro de los analizados (*commonlaw* y continental), sirven de complemento o se integran en la consecución de una mejor administración de justicia, creo que lo interesante no es adscribir un país a tal o cual forma de administrar justicia, ni menos abogar por la permanencia de la ley formal como fuente general y productora de todas las soluciones, lo importante radica en que se pueda avanzar en la solución basada en un constitucionalismo vigente que logre superar las diferencias de la sociedad en la misma Constitución.

Tampoco se llegaría a una intermedia solución en afirmar que opera una mixtura, porque se aplica la ley y el precedente judicial al participar la solución de la ley y el precedente, nuestro legislador ratificó la legalidad o imperio de la ley, pero de ninguna forma cerró la utilización coetánea o anterior a la ley de la doctrina o tesis del precedente, la jurisprudencia, la equidad, los usos y

costumbres por cuanto sería aplicar la norma a una sociedad diferente y entonces si el caos total para la justicia, debe suponer y aplicar el legislador que la tarea de administrar justicia no inicia ni culmina con la sola norma formal, pues en esa difícil obra se empodera el Juez de la utilización de artes, ciencias, costumbres propias de la cultura a la cual pertenece la ley, sin dejar de observar estos aspectos que incluso no los trae la ley sino que se suceden y repiten, que se vuelven tan fuertes como la ley misma.

Mas es esta aseveración fuerte, cuando Colombia es un país de una variada biotipología humana, asentada en distintas regiones que adquieren formas propias de vida y donde nunca han llegado los legisladores ordinarios para poder darle o impregnarle a la ley ese carácter de general y abstracto tan severo, esas condiciones socio-culturales son las que obligan al Juez proponer unas soluciones llenas de estudios de esas culturas que no están expresamente en la norma pero que apoyándose en instrumentos legales, nacionales e internacionales (jurisprudencias en algunos casos) resuelven el litigio con altos contenidos de justicia.

Nuestro sistema judicial, a pesar de la legalidad como principio del debido proceso, se flexibiliza al aplicar las decisiones de las Cortes de cierre, como que por fortuna sigue respetando la ley propiamente dicha, el precedente es hijo legítimo de la constitución y de la ley, para utilizar palabras de mayor entidad y

rigor jurídico, es la constitución misma, pues el precedente es la aplicación de la norma fundamental. En la modernidad el derecho todo está constitucionalizado, ya hoy no se estudian códigos o leyes por separado, al formar la ley la tarea inicial es abrir la constitución para armonizar aquella, de donde se tiene que si bien nuestro derecho toma fragmentos de ley, de tratados, de convenios, jurisprudencias, fundamentalmente es constitucionalizado.

El Juez de hoy antes que especializarse en cualquier rama de derecho, debe ser un erudito constitucionalista, debe abrir primero la carta política y luego la ley formal, así lo ha expresado innúmeras veces nuestra Corte Constitucional, de ahí que en la constituciones de clase democrática se inserte la cláusula según la cual ninguna norma puede contradecir la constitución o derogarla, garantía del principio de que la Carta está bien redactada y a ella se obedece por los confeccionista de la ley y los aplicadores. El sistema norteamericano se nutre de la ley y de la costumbre, de las decisiones anteriores o antecedentes, hoy día muchos países de Latinoamérica copian al sistema anglosajón y en esa ilustración foránea no se desvirtúa el de países que lo emulan, entonces sí hay que hacerle modificaciones propias para la adaptabilidad a la sociedad que se aplicará.

6.9 El Precedente Judicial una Teoría Legal nueva para Colombia.

Sin entrar a reiterar lo tantas veces anunciado, ya adverso a los pesimistas y legalistas formales, en nuestro país está construida una sólida doctrina del precedente judicial, vinculante, obligatorio, controlado y aplicable en muy alta dosis por las mismas Cortes que han dejado y dado el mejor ejemplo de su obligación. El hoy el sistema colombiano de precedentes judiciales muy fuerte; quizá en el futuro se logre arraigar más a través de una ley o reforma al código de procedimiento penal o procedimiento penal, pero no será necesario por cuanto tiene ya un firme y completo desarrollo, que si no es aceptado por una minoría, no logra socavarlo sino darle más consistencia, con frecuencias muy cortas las Cortes hacen pronta reiteración de sus precedentes e inclusive de jurisprudencias donde se capta que la coherencia del sistema no requiere de una reforma ni constitucional ni legal para hacerlo generalizado como ha sucedido en materia administrativa que ya se plasmó en la Ley 1395 de 2010⁸ en sus artículos 10 y 114.

De acuerdo a lo señalado, el Consejo de Estado reconoce abiertamente que la jurisprudencia constituye un criterio auxiliar de la justicia y que el Juez al momento de adoptar la decisión solo está sometido al imperio de la Ley, no obstante, en aquellos casos en los que el precedente ya esté unificado se deberá proceder conforme al mismo, más aún si se está frente a un mandato legal como es el caso del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010. La creación de un sistema de precedentes constitucionales, incluso en un sistema jurídico de origen romanista,

⁸ Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.

legislado y de tradición continental Europea como el colombiano, no sólo apunta a acordarle una mayor coherencia interna al mismo, garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, desenvolvimiento político, sino que además asegura la vigencia de los derechos fundamentales, y por ende el carácter normativo de la Constitución... (Corte Constitucional. Sentencia C -335 de 16 de abril de 2008.M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández).

El precedente judicial, tal y como se señala en la sentencia T-292/06, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, tiene "... como propósito principal, orientar el ordenamiento jurídico hacia los principios y valores constitucionales superiores. No reconocer entonces el alcance de los fallos constitucionales vinculantes, sea por desconocimiento, descuido, u omisión, genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica... (Corte Constitucional, 2016).

El nuevo código de procedimiento y de lo contencioso administrativo⁹ se propone a través de los artículos 10, 102, 269, 270 y 271, un sistema que

⁹ Ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

convierte a la jurisprudencia del Consejo de Estado en una guía para que el Estado dé a los ciudadanos un trato más igualitario y justo; para ello dicho sistema prevé la existencia de una categoría especial de sentencias, conocidas como las Sentencias de Unificación Jurisprudencial.

De tal manera que en Colombia existe un sistema de precedentes fuertes y aunque la sentencia C-836 de 2001, haya sido el “punto arquimedico” para la elaboración de un sistema de precedentes, han sido las Cortes y un amplio sector de la Doctrina quienes le han dado consistencia y coherencia regular a este instituto, que en realidad no requerirá de una ley que obligue a consultar la jurisprudencias de precedentes si ya en abundancia se ha dicho y se reafirma pacíficamente.

Solo corresponde a la comunidad jurídica asirse de esta herramienta para fortalecerla y diseminarla más prontamente de lo que se ha expandido para el logro de un cometido de la Corte Constitucional que interpreta la Constitución misma cuando vincula a los Jueces y a la administración pública con el precedente. No es el gobierno de Jueces la aplicación de precedentes judiciales como lo estiman algunos, tampoco la derogación del legislativo, es la pro actividad del ejercicio de la función judicial que demanda cada día de más insumos jurídicos para administrar mejor y más pronta justicia, de manera que el triunfo del precedente como obligatorio y vinculante no es sino la aplicación de un derecho

terrenal, “viviente” compatible con las relaciones sociales y las dificultades presentes.

CONCLUSIONES

La primera utilidad y conclusión que se puede llegar del tema materia de investigación es que al otorgar fuerza vinculante al precedente judicial, como lo han hecho las Cortes no resulta de un desacato a la Constitución ni a la misma ley, tampoco de una expedición de una orden de autoridad de las cortes, es el ejercicio que se ha hecho como forma de garantizar la igualdad ante la ley, coherencia del sistema jurídico de un país en robustecimiento de la teoría de los derechos fundamentales, esta instituta del precedente que en lo sucesivo lo llamaré quien estas líneas escribe, “principio del precedente judicial”, es indispensable en un sistema social y democrático de derecho, donde se diga y protegen derechos tan fundamentales como la igualdad, dignidad de las personas, libre desarrollo de la personalidad, principios entre tantos que acreditan el Estado de derecho y que son imprescindibles.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante, cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. En ese mismo sentido, el Tribunal

Constitucional define a los precedentes vinculantes como aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efecto similar a una ley. A diferencia del precedente, la jurisprudencia vinculante no sujeta de un modo tan claro como la primera, pues será el juez quien determine los fundamentos que debe considerar en su fallo proveniente de una resolución anterior. Para ello hay que recurrir al estudio de la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad y/o tutelas lo mismo que la de los tribunales de casación que generan una gran producción de sentencias que son en su gran mayoría precedentes que hay que seguir consultando para estabilizar y legitimar el sistema bajo parámetros de seguridad jurídica. Colombia hace tránsito a una teoría casi sólida del sistema de precedentes que su consolidación ha sido más provechosa para afianzar la seguridad jurídica que deleznable por no estar en la carta Política como si lo hace con la ley en el artículo 230.

No falta, como en antelada parte de este trabajo se dijo, que se construya una ley ordinaria para obligar a los dispensadores de justicia a consultar el precedente y que si no lo hacen pueden incumplir la misma ley al hacerse objetivamente responsables de procesos penales por prevaricato y faltas disciplinarias que protegen los deberes de los servidores públicos.

No se puede olvidar que los opositores al precedente como ley, no se conforman con hacer su separación desde el punto de vista orgánico, sino que le dan una rigidez al tema de ley formal, como efectivamente debe ser, que llegan a desconocer los precedentes, cierran toda posibilidad de utilizarlos y procuran es acudir fundamentalmente a la ley formal, olvidando que no se pretende fracturar ni eliminar la legalidad, la ley será, ante todo la primera en consultar, pero no restarle el valor y utilidad a los precedentes con argumentos que finalmente lo anulan.

Sin embargo, el destino que tiene demarcado el sistema de precedentes patrio es de estar en un régimen, aunque no legal por disposición formal, si obligatorio porque permite crear derecho, activar soluciones, acercar más la administración de justicia a la sociedad actual en la solución de sus diferencias. Ahora se repite, creer o anhelar que todas las leyes sean totalmente la solución a todas las lides sociales o que reaccionen exactamente al tema sometido a estudio es ignorar la complejidad y perplejidad del mundo moderno y sus interrelaciones en una realidad del todo globalizada como en el que hoy vivimos.

La aplicación obligatoria del precedente no es ajena a un mundo cambiante y que como tal, el derecho debe evolucionar, si no a la par de aquel, propender por solucionar litigios que no son exactamente subsumibles a las normas creadas por el órgano legislativo ordinario o por el ejecutivo. Lo que si debe quedar claro es

que la ley formal debe ceder ante la necesidad de implementar decisiones que si no están totalmente en ella, sí conllevan a la protección de los derechos fundamentales los que no necesitan de norma expresa alguna para ser protegidos. En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

El sistema de precedentes vinculantes ha sido implementado en Colombia por el Tribunal Constitucional e implica la obligación el uso u observancia de la Magistratura, Jueces, conocer y acatar los precedentes como si fueran ley, o por el contrario desligarse de ellos aplicando su autonomía, pero realizando debidamente una suficiente exposición, que igual sirva para resolver el caso tratado. EL Tribunal Constitucional señala que hay dos clases de sentencia unas que generan doctrina jurisprudencial y otras con carácter de precedente vinculante. Los elementos integrantes del precedente son *ratio decidendi*, *obiter dicta* y *decisum*.

La doctrina básica del precedente vinculante se basa en el *stare decisis*, *overruling* y *distinguish*. Existe un conjunto de precedentes vinculantes que se vienen aplicando por la Magistratura, los Jueces y en general por la comunidad jurídica con la misma fuerza de la ley formal, resaltando que la parte que se debe

analizar para tener en cuenta o no la doctrina del precedente es la *retio decidendi*.

BIBLIOGRAFÍA Y CIBERGRAFÍA

Constitución Política de Colombia. (1991). Recuperado el 25 de septiembre de 2015, de <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-8/capitulo-1/articulo-230>

Constitución Política de Colombia. Artículo 2. Título I. Capítulo I. (1991). Bogotá: Leyer.

Constitución Política de Colombia. Artículo 230. Título VIII. (1991). Bogotá: Leyer.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero. (1993). Recuperado el 20 de septiembre de 2014, de COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-104/93. Bogotá: La corte, 1993. [Consultar <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-104-93.htm>

Corte Suprema de Justicia - Colombia. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. (9 de agosto de 2001). Recuperado el 27 de julio de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

Código Contencioso Administrativo. (2011). Bogotá: Legis.

Corte Constitucional - Presidencia de la República. (24 de agosto de 2011). Recuperado el 22 de octubre de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/CODIGO%20CONTENCIOSO%20ADMINISTRATIVO.php>

EL INFORMADOR. (abril de 2011). Recuperado el 20 de septiembre de 2014, de http://www.elinformador.com.co/index.php?option=com_content&view=article&id=14892:teoria-del-precedente-judicial&catid=39:columnas-de-opinion&Itemid=399.

Presidencia de la Republica. (18 de enero de 2011). Recuperado el 23 de septiembre de 2015, de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Paginas/2011.aspx>

Sala penal de la Corte. (10 de abril de 2013).

Etimologías de Chile. (4 de agosto de 2015). Obtenido de

<http://etimologias.dechile.net/?jurisprudencia>

Bernal, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá.

Bernal, C. (2006). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, C. (2006). *Informe nacional preparado para el Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado*. Holanda.

Bernal, C. (diciembre de 2008). El Precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, núm. 21., 93 y 94.

Bernal, C. (s.f.). *Revista de Derecho del Estado*.

Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. Publicada en Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011. (12 de noviembre de 2014). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>.

Consejo Superior de la Judicatura. sentencia T-238 de 2011, el Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla. (25 de enero de 2015). *Corte Constitucional*. Obtenido de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-238-11.htm>

Constitucional, C. (s.f.). *Corte Constitucional*. Recuperado el 4 de mayo de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-539-11.htm>

Corte Constitucional - Sentencia T-086 de 2007 M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. (8 de febrero de 2007). *Corte Constitucional*. Recuperado el 27 de julio de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-086-07.htm>

Corte Constitucional. (1991). *Decreto 2067 de 1991. Artículo 21*.

Corte Constitucional. (14 de septiembre de 2015). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-539-11.htm>

Corte Constitucional. (2016). *sentencia T-292/06*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C - 083 de 1995. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. (s.f.). Recuperado el 23 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-083-95.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C- 104 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. (s.f.). Recuperado el 23 de octubre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-104-93.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C -335 de 16 de abril de 2008.M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. (s.f.). Recuperado el 7 de febrero de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero. (s.f.). Recuperado el 28 de octubre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-1439 De 2000. M. P. (E) Dra. Martha Victoria Sánchez Méndez. (s.f.). *Corte Constitucional*. Recuperado el 26 de octubre de 2014, de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1439-00.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. (s.f.). *Corte Constitucional*. Recuperado el 27 de julio de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Corte Constitucional. Sentencia C-586 De 1995. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y Dr. José Gregorio Hernández Galindo. (s.f.). *Corte Constitucional*. Recuperado el 29 de noviembre de 2014, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4315>

Corte Constitucional. Sentencia T – 086 de 2007. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. (s.f.). *Corte Constitucional*. Recuperado el 24 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-086-07.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 34853 del 1 de febrero 2012. M. P. Dr. Fernando Castro Caballero. (s.f.). *Corte Suprema de Justicia*. Recuperado el 23 de julio de 2015, de <http://www.cortesuprema.gov.co/>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 39.456 de 2012. M. P. Dr. José Luis Barceló Camacho. (10 de abril de 2013). *Corte Suprema de Justicia*. Recuperado el 27 de septiembre de 2014, de <http://www.cortesuprema.gov.co/>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. STP1702-2015. (19 de febrero de 2015). *Corte Suprema de Justicia*.

Durkheim, E. (1893). *Anomia viene del griego y significa ausencia de ley, normas o reglas introducida a la Sociología*.

Enciclopedia Jurídica. (s.f.). Recuperado el 25 de agosto de 2015, de

<http://leyderecho.org/common-law-en-estados-unidos/>

Floris Margadant, G. (1982). *El Derecho Romano Privado*. México: Esfinge.

Gámez, C. F. (2008). *Eurojuris España*. Obtenido de <http://www.asociacion-eurojuris.es/publicaciones/que-es-el-common-law/>

García, J. (2008b). *Controles descontrolados y precedentes sin precedente – A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el Exp. 3741-2004-AA/TC (Caso SalzarYarlenque)*. Lima: Grijley.

García, J. (2012a). *Precedente constitucional y neoconstitucionalismo. A propósito de un trabajo de Fernando Velezmore*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ghirardi, O. (s.f). *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado el 24 de agosto de 2015, de <http://www.acader.unc.edu.ar>

Gonzalez, F. (2011). *Biblioteca jurídica*. Obtenido de <http://biblioteca-fag.blogspot.com.co/2011/11/derecho-de-common-law.html>

Guzmán, R. (2014). *Lectura y escritura. Cómo se enseña y se aprende en el aula*. Bogotá: Universidad de la Sabana.

Jurídico, Á. (s.f.). *Ámbito Jurídico.com*. (Legis, Editor) Obtenido de http://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/n/noti-110204-06_%28la_obligatoriedad_del_precedente_jurisprudencial_es_ley%29/noti-110204-06_%28la_obligatoriedad_del_precedente_jurisprudencial_es_ley%29.asp?print=1

Leal, H. (2012). *Diccionario Jurídico* (Tercera edición ed.). Bogotá: Leyer.

- Legarre, S. (1 de abril de 2005). *Pontificia Universidad Católica Argentina*. Recuperado el 2 de octubre de 2014, de <http://www.uca.edu.ar/index.php/home/index/es>
- López, D. (2006). *INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- López, D. (2011). *El Derecho de los Jueces* (Segunda Edición ed.). Bogotá: Legis.
- López, M. D. (2006). *El derecho de los Jueces* (Segunda Edición. ed.). Bogotá: Legis.
- Magistrado Ponente. Ciro, A. B. (junio de 1992). *Corte Constitucional*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Pérez, R. (septiembre de 2007). *Universidad Autónoma del Caribe*. Recuperado el 28 de septiembre de 2015, de <http://www.uac.edu.co>
- SALINAS ARENAS, M. A. (20 de septiembre de 2012). *Universidad Santo Tomás - Tunja*. Obtenido de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/download/561/381>.
- Tamayo, J. (1912). *El precedente judicial en Colombia*. (I. Librería, Ed.) Bogotá.
- Taruffo, M. (20 de agosto de 2015a). *bixagb*. Obtenido de [http://bixagb.com/lodelescritorio/Precedente%20y%20Jurisprudencia%20\(Taruffo\).pdf](http://bixagb.com/lodelescritorio/Precedente%20y%20Jurisprudencia%20(Taruffo).pdf)
- Taruffo, M. (20 de agosto de 2015b). Obtenido de [http://bixagb.com/lodelescritorio/Precedente%20y%20Jurisprudencia%20\(Taruffo\).pdf](http://bixagb.com/lodelescritorio/Precedente%20y%20Jurisprudencia%20(Taruffo).pdf)
- Taruffo, M. (20 de agosto de 2015c). Obtenido de [http://bixagb.com/lodelescritorio/Precedente%20y%20Jurisprudencia%20\(Taruffo\).pdf](http://bixagb.com/lodelescritorio/Precedente%20y%20Jurisprudencia%20(Taruffo).pdf)
- Velásquez, F. (2013). *Comentando la jurisprudencia de la sala penal de Corte. Radicado 39.456 del 10 de abril de 2013*. Bogotá.

Vélez, F. (2010). *El Precedente Constitucional vinculante según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neoconstitucionalismo*. Lima: Gaceta Jurídica.