

El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho¹

*The judicial precedent in Colombia:
An analysis from the theory of law*

*Le précédent judiciaire en Colombie :
Une analyse depuis la théorie du droit*

Jorge Andrés Contreras Calderón²

Resumen:

En este artículo se particularizan los distintos enunciados normativos que en Colombia expresan el deber de aplicar los precedentes judiciales, y se analizan, con el lenguaje propio de la Teoría del Derecho, los elementos y las características de las normas jurídicas que prescriben dicho deber. Se pretende, pues, exponer de manera comprensiva 'el ser del precedente judicial en Colombia'.

Palabras clave: precedente judicial, enunciado normativo, norma jurídica, deber jurídico, sanción jurídica.

1 El escrito es fruto del estudio e investigación desarrollados por el semillero de investigación "La Teoría de los Actos Propios", dirigido también por el autor del escrito. A todos los que fueron parte del semillero mis sinceros agradecimientos.

2 Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Actualmente realiza su trabajo de grado para optar por el título de Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros en dicha universidad. Es profesor de bienes y derechos reales de la misma. Correo electrónico: jorge.contreras@upb.edu.co.

Este artículo fue recibido el día 19 de junio de 2011 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria n°. 13 del 25 de agosto de 2011.

Abstract:

The article characterizes the different normative statements that are used in Colombia in order to express the duty to apply the judicial precedents. Also the elements and characteristics of the legal norms that prescribe such duty are analyzed, using the very language of the Theory of Law. It intends, therefore, to expose in a comprehensive way 'the being of the judicial precedent in Colombia'.

Keywords: judicial precedent, normative statement, legal norm, legal duty, legal sanction.

Résumé:

Dans cet article l'on distingue les différents énoncés normatifs qui expriment le devoir d'appliquer les précédents judiciaires en Colombie. Egalement, l'on analyse, avec le langage propre de la Théorie du Droit, les éléments et les caractéristiques des normes juridiques qui prescrivent ce devoir. Finalement, l'on cherche à exposer, d'une manière compréhensive, 'l'être du précédent judiciaire en Colombie'.

Mots-clés: précédent judiciaire, énoncé normatif, norme juridique, devoir juridique, sanction juridique.

Sumario

Introducción. 1. El precedente como enunciado normativo. 1.1. El precedente de la Corte Constitucional. 1.1.1. El decisum no es precedente. 1.1.2. Sí es precedente la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad. 1.1.3. También es precedente la ratio decidendi de las sentencias de tutela. 1.1.4. El precedente de la Corte Constitucional se configura con una sola sentencia. 1.2. El precedente de los demás tribunales y juzgados del país. 1.2.1. La sentencia c-836 de 2001. 2. La norma jurídica sobre el deber de aplicar el precedente. 2.1. Los elementos de la norma jurídica. 2.1.1. El destinatario de la norma. 2.1.2. El objeto de la norma jurídica: el deber de aplicar el precedente. 2.2. Características de la Norma Jurídica. 2.2.1. Características de las normas sobre el deber de aplicar el precedente. 2.2.2. Características del acto creador del precedente. 3. Conclusiones y consideraciones finales.

Introducción

Este artículo tiene por finalidad desentrañar y exponer la estructura lógica de las normas sobre el deber de aplicar el precedente judicial en Colombia. Por estructura lógica me refiero a los distintos elementos y características de las normas que imponen el deber de aplicar los precedentes judiciales, así como a las relaciones existentes entre dichos elementos y características; por precedente judicial me refiero a la norma jurídica de carácter general y abstracto declarada o creada por los órganos judiciales en ejercicio de su función jurisdiccional. Me propongo, pues, un análisis lógico del lenguaje acerca del precedente judicial en Colombia³.

3 He descubierto que la dificultad para determinar los alcances de las normas sobre el deber de aplicar los precedentes judiciales es la falta de claridad en sus enunciados. Se trata, por tanto, de un problema conceptual, en cuanto no versa sobre ciertos hechos sino sobre el significado de ciertas palabras.

Para tal fin, parto aquí por aceptar, sin que por ello legitime o justifique, la tesis según la cual *quienes ejerzan funciones públicas tienen el deber jurídico de aplicar el precedente emanado de los órganos judiciales*.

He terminado por aceptar esta tesis como cierta, incluso en contra de mi criterio jurídico, ya que, salvo unos pocos reductos valientes y prevaricadores tanto en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa como en la Ordinaria, es ampliamente aceptado por la comunidad de operadores jurídicos que el precedente judicial hace parte de nuestro sistema de fuentes de derecho. Estamos, pues, muy cerca del consenso, y el consenso, en derecho –entendido aquí como dogmática y práctica jurídicas– es lo más aproximado a la verdad, aunque fuere sólo una verdad de paso.

Evitando confundir la tesis en que reposa el artículo con la finalidad que persigue, organizaré mis argumentos en dos partes: en la primera presentaré los enunciados normativos –las “disposiciones”– sobre el deber de aplicar el precedente judicial en Colombia; en la segunda describiré los distintos elementos y características de las normas allí enunciadas.

Advierto, finalmente, que no me ocuparé acá del precedente administrativo, nombre que recibe la norma jurídica de carácter general y abstracto declarada o creada por los órganos administrativos *en ejercicio de una función administrativa*. Ésta es una institución aún más reciente en nuestro sistema que los precedentes judiciales, y de ella espero ocuparme debidamente en otra oportunidad⁴.

4 Vale la pena, sin embargo, tan sólo para evidenciar la existencia de esta otra clase de precedentes, citar el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, sobre competencia desleal, y el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo: “Ley 1340 de 2009, ARTÍCULO 24. *DOCTRINA PROBABLE Y LEGÍTIMA CONFIANZA*. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”. “Ley 1437 de 2011, ARTÍCULO 10. *DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA*

1. El precedente como enunciado normativo

En Colombia existen dos clases de precedentes judiciales: el que elabora la Corte Constitucional y el que elaboran los demás tribunales y juzgados del país. El primero existe desde la sentencia C-104 de 1993; el segundo, desde la sentencia C-836 de 2001.

1.1. El precedente de la Corte Constitucional

1.1.1. El decisum no es precedente

Al hablar del precedente de la Corte Constitucional es preciso hacer una distinción que esta corporación no ha logrado hacer con la contundencia y claridad requeridas⁵: se trata de la distinción entre el “decisum” y “la ratio decidendi” en las sentencias de constitucionalidad.

Se advierte que no va a compararse acá el “*decisum*” y “*la ratio decidendi*”, *en tanto elementos de un fallo cualquiera*⁶; la distinción reclamada recae, se reitera, sobre la clasificación que nuestro Tribunal Constitucional hace de uno y otro elemento *en tanto partes de una sentencia de constitucionalidad*:

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”. (Subraya fuera del texto).

- 5 Contundencia y claridad que, en este punto, la Corte Constitucional siempre se ha atribuido inmerecidamente.
- 6 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.

mientras que el *decisum* gozaría de cosa juzgada *erga omnes* explícita, la *ratio decidendi* gozaría de cosa juzgada *erga omnes* implícita⁷.

Pues bien, al atribuir a ambos conceptos –al del *decisum* y al de la *ratio decidendi*– la misma cualidad –gozar de cosa juzgada *erga omnes*⁸– y distinguirlos en sus fallos de constitucionalidad, principalmente, por el carácter explícito o implícito de esta cualidad, pareciera sensato concluir que ambas partes de la sentencia de constitucionalidad constituyen especies de un mismo género: el de precedentes judiciales de la Corte Constitucional; mas esto no es correcto: ni la decisión de la Corte Constitucional de declarar

7 Cfr. Sentencia C-131 de 1993.

8 En el sentido original del artículo 243 de la Constitución del 91, el efecto “*erga omnes*” se restringía exclusivamente al *decisum* de estas sentencias. Para que no quede duda de ello, vale la pena observar acá el Informe presentado en la Asamblea Nacional Constituyente por el Delegatario José María Velasco Guerrero, en el cual se lee lo siguiente: “Y ya desde entonces los fallos que el plenario de la Corte emite en ejercicio del control jurisdiccional, producen efectos universales, “*erga omnes*” y hacen tránsito a la (sic) juzgada constitucional. Por ello el gobierno ni el congreso pueden reproducir el contenido material jurídico del acto declarado inexecutable en el fondo, mientras subsistan en la Carta las mismas normas que sirvieron para confrontar la norma ordinaria en el texto superior. Si así no fuere, la Corte, por virtud de los imperativos universales que emanan de sus fallos de inexecutableidad, se convertiría en una pequeña asamblea nacional constituyente, en función permanente” (Subraya fuera del texto original).

exequible una norma jurídica, ni la decisión de declararla inexecutable son normas jurídicas⁹, y al no ser normas jurídicas¹⁰, no son precedentes¹¹.

1.1.2. Sí es precedente la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad

Por otra parte, la norma o normas jurídicas de carácter general y abstracto que motivan la decisión de declarar executable o inexecutable una determinada disposición —esto es, la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad—, sí constituyen precedentes judiciales en el derecho colombiano. Ello es así a partir de la sentencia C- 104 de 1993¹².

9 Una norma jurídica es una proposición prescriptiva perteneciente a un ordenamiento jurídico. Por proposición se entiende una palabra “o un conjunto de palabras que tienen un significado entre sí, es decir, en su conjunto” (Bobbio, 1987; 2007, p. 43); en las normas jurídicas el carácter prescriptivo proviene de su función : “influir en el comportamiento ajeno para modificarlo” (p. 45).

10 “En segundo lugar, la derogación se distingue de la anulación por un aspecto importante. La anulación consiste, a grandes rasgos, en la “cancelación” de una norma: y nada más. La derogación no consiste en absoluto en la simple “cancelación” de una norma preexistente. Toda forma de derogación exige el dictado de una nueva norma: la derogación, a diferencia de la anulación, no es un acto jurisdiccional sino “normativo” en sentido estricto (productor de normas)”. (Guastini, 1999, p. 373).

11 Valdría la pena mencionar una excepción: los fallos de constitucionalidad condicionada, en los cuales el sentido normativo acogido por la Corte Constitucional sí constituye precedente judicial en sentido estricto.

12 Se ha sostenido que el precedente existía en nuestro derecho desde antes de la Constitución de 1991, y que luego, simplemente, se consagró expresamente en el artículo 243 constitucional (Sentencia C-131 de 1993). Sin embargo, esta creencia parte de la misma imprecisión que aquí cuestiono. La cosa juzgada de la que trata este artículo versa claramente sobre el *decisum* de los fallos de Constitucionalidad, que sólo excepcionalmente podría dar lugar a un precedente: en los fallos de constitucionalidad condicionada.

En esta sentencia, la Corte Constitucional sostuvo dos posturas: la primera, consistente en afirmar que la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad es precedente judicial¹³ de carácter obligatorio; la segunda, que éste era el único precedente aplicable en Colombia, pues, en tanto “heredera de la tradición jurídica latina”, en el país, la jurisprudencia de los demás tribunales y jueces sólo podría jugar un papel auxiliar o “secundario”.

La segunda postura será objeto de ulterior análisis, aunque desde ahora se advierte que no tiene ya vigencia en nuestro ordenamiento. Debe estudiarse por lo pronto la primera postura, aún vigente, y que le abrió las puertas al precedente judicial en Colombia. Sobre ella, se expresó así la Corte en la sentencia C- 104 de 1993:

... Se observa que entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el resto de jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país -en la que se encuentra la del Consejo de Estado-, existen semejanzas y diferencias.

Las semejanzas consisten en que se trata de un pronunciamiento jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada. Las providencias, tanto de la Corte Constitucional -art. 21 del Decreto 2967 de 1991-, como del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad -art. 175 del Código Contencioso Administrativo- tienen efectos *erga omnes*, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos *inter partes*.

Las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un **precedente obligatorio**, salvo lo establecido en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo (reproducción del acto suspendido). (sic) Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar -art. 230 CP-, para los

13 En la sentencia, así como en general en el derecho, en ocasiones se habla de precedente y en ocasiones se emplea la palabra “jurisprudencia” para referirse al mismo objeto: “La jurisprudencia ha sido definida como el conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que desatando casos iguales deciden en forma uniforme” (Sentencia C-104 de 1993).

futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Lo primero que llama la atención del anterior apartado es que al emplear las expresiones “jurisprudencia”, “providencias” o “pronunciamiento jurisdiccional”, la Corte se refiere indistintamente, al mismo tiempo, a dos fenómenos radicalmente distintos que termina así por confundir –pese a los reiterados llamados de atención hechos por la misma Corte para evitar su confusión–: uno de ellos es la *ratio decidendi* de las sentencias de los “jueces y tribunales” –la única de la que podría predicarse propiamente el ser “**precedente obligatorio**”– y el otro es el *decisum* de las sentencias de control de constitucionalidad.

Tan es cierto que confunde ambos fenómenos, que propone como precedente obligatorio adicional al que se viene estudiando ahora –el *de la ratio decidendi en los fallos de constitucionalidad*– aquel otro que supuestamente configurarían los fallos de nulidad dictados por el Consejo de Estado, en los términos de los artículo 158 y 175 del actual Código Contencioso Administrativo, infortunado error de la Corte, si se entiende que estas decisiones, si bien son actos jurídicos, no tienen por efecto, como se explicó anteriormente, la creación de nuevas normas jurídicas ni de carácter general y abstracto, ni de carácter particular y concreto¹⁴.

El legislador, tal vez intuyendo aquí una oportunidad de preservar su hegemonía en la función soberana de producción normativa, buscó prevalerse de esta falta de claridad, consagrando la siguiente disposición en el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia:

14 Esta confusión se ha reiterado después en varias sentencias de la Corte Constitucional como la C-131 de 1993, la sentencia C-037 de 1996 y la sentencia c-335 de 2008.

ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. **La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República, tiene carácter obligatorio general.** (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Por supuesto, la Corte Constitucional, que suele compensar con prodigalidad argumentativa su habitual falta de claridad, advirtió oportunamente el coto que pretendió imponerle el Congreso de la República al espectro de sus recientes –y a sí misma atribuidas– potestades ampliadas, y decidió, respaldada en las motivaciones empleadas en la sentencia arriba citada, que lo más conveniente era declarar la inexequibilidad parcial de este artículo:

“... De lo dicho, se desprende claramente la exequibilidad de la norma que se revisa, excepto, como antes se ha explicado, las expresiones señaladas en la parte final del numeral 1°. En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; **sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive**

de las sentencias y que incida directamente en ella¹⁵ (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

1.1.3. También es precedente la ratio decidendi de las sentencias de tutela

En la sentencia T- 260 de 1995, la Corte Constitucional manifestó por primera vez que los fundamentos esenciales de sus fallos de tutela también constituían precedente obligatorio para la guarda y protección de derechos fundamentales:

En últimas, la Constitución Política es una sola y el contenido de sus preceptos no puede variar indefinidamente según el criterio de cada uno de los jueces llamados a definir los conflictos surgidos en relación con los derechos fundamentales.

Es verdad que, como esta Corporación lo ha sostenido repetidamente, uno de los principios de la administración de justicia es el de la autonomía funcional del juez, en el ámbito de sus propias competencias (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), pero ella no se confunde con la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos constitucionales. Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían, no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar. (Sentencia T-260 de 1995. M. P. José Gregorio Hernández)¹⁶.

15 Cfr. Sentencia C-037 de 1996.

16 Esta posición se vio reiterada y esclarecida en la sentencia T-175 de 1997: "En síntesis, como tal enfoque esterilizaría la función, debe concluirse que las sentencias de revisión que dicta la

1.1.4. El precedente de la Corte Constitucional se configura con una sola sentencia

Al hablar del precedente, la doctrina y la jurisprudencia suelen aludir a *un conjunto de decisiones* uniformes respecto a un mismo punto de derecho, lo que equivale a decir que éste nace cuando *la ratio decidendi se reitera en varias providencias*. La Corte Constitucional prescinde de esta reiteración como requisitos para la configuración de sus precedentes, los cuales, en adelante, obligan inmediatamente se profieran.

1.2. El precedente de los demás tribunales y juzgados del país

1.2.1. La Sentencia C- 836 de 2001

Ésta es otra sentencia de aquellas que llaman “hito” para el derecho colombiano en tanto introduce el precedente judicial en nuestro sistema de fuentes de derecho, sin restringirlo ya a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Acudiendo a la imagen de la pirámide normativa inmortalizada por Hans

Corte Constitucional no pueden equipararse a las que profieren los jueces cuando resuelven sobre la demanda de tutela en concreto o acerca de la impugnación presentada contra el fallo de primer grado, sino que, por la naturaleza misma de la autoridad que la Constitución le confiere en punto a la guarda de su integridad y supremacía, incorporan un valor agregado de amplio espectro, relativo a la interpretación auténtica de la preceptiva fundamental sobre los derechos básicos y su efectividad.

Tales sentencias tienen un doble aspecto, con consecuencias jurídicas distintas : uno subjetivo, circunscrito y limitado al caso concreto, bien que se confirme lo resuelto en instancia, ya sea que se revoque o modifique (artículos 36 del Decreto 2591 de 1991 y 48 de la Ley 270 de 1996), y otro objetivo, con consecuencias generales, que implica el establecimiento de jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, y que, cuando plasma la interpretación de normas constitucionales, definiendo el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar -lo cual no siempre ocurre-, puede comportar también la creación de doctrina constitucional, vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas”.

Kelsen (1960; 1979), se vería que en uno de los escalones de la pirámide formada por nuestro ordenamiento están las motivaciones de los jueces a sus sentencias, o al menos cierta clase de estas motivaciones.

Para conducirnos hacia un sistema con precedentes¹⁷, la Corte Constitucional tuvo que responder dos interrogantes: primero, ¿pueden los jueces de instancia apartarse de las decisiones tomadas por el tribunal de cierre en su respectiva jurisdicción?; y segundo, ¿pueden estos tribunales apartarse de su propio precedente? En ambos casos, la respuesta fue negativa.

Los fundamentos de esta decisión han sido retomados una y otra vez por las sentencias de la Corte Constitucional, y ya ha habido doctrina nacional preocupada por su estudio y explicación¹⁸; por tanto, no se profundizará aquí en el razonamiento detrás del fallo¹⁹.

Baste con transcribir ahora *el decisum* de la Corte en esta sentencia, el cual nos guiará hacia los demás enunciados normativos sobre el deber de aplicar el precedente:

17 Sería hartamente exagerado hablar de un “sistema de precedentes”, en la medida en que nuestras fuentes tradicionales de derecho siguieron vigentes luego de este “reajuste”.

18 Ver, por ejemplo, “El Precedente en Colombia”, del profesor Carlos Bernal Pulido.

19 Que me permito resumir así: el artículo 4° de la Ley 169 de 1896 faculta a la Corte Suprema de justicia y a los demás jueces de la jurisdicción ordinaria a apartarse de la doctrina probable dictada por aquella. Esta prerrogativa tenía, a su vez, claro sustento constitucional en el artículo 228 de la Carta, el cual consagra el principio de autonomía judicial. Sin embargo, prevalida del principio de razón suficiente —el cual establece que para que una prerrogativa pública sea adecuada a la Constitución es necesario que exista para cumplir una finalidad constitucionalmente legítima, y que sea útil, necesaria y proporcionada a dicha finalidad— la Corte reinterpreto estos dos artículos a la luz de dos principios consagrados en la parte dogmática de la Constitución: el principio de igualdad — Art. 113 C.P: el derecho a la igualdad ante la ley y la igualdad de trato por parte de las autoridades públicas— y el principio de la buena fe — Art. 83. C.N: entendida como la confianza legítima en las actuaciones del Estado—. De esta interpretación se derivó la constitucionalidad condicionada del artículo 10° de la Ley 153 de 1887, cuyo efecto inmediato fue la supresión de la prerrogativa judicial analizada.

RESUELVE:

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

Nótese bien que el enunciado normativo que establece el deber jurídico de aplicar los precedentes no se encuentra en la parte resolutive de esta sentencia; ésta, el *decisum*, trajo dos determinaciones a la vez, ninguna de las cuales interesa ahora particularmente: la primera, declarar condicionalmente exequible la norma contenida en el artículo 4° de la Ley 169 de 1896; y la segunda (la condición), más que obligarlos, les impone a todos los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria la “carga”²⁰ de exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifiquen su decisión de apartarse de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia²¹ –doctrina que se configura con tres decisiones uniformes respecto de un mismo punto de derecho–.

Así, no es este último el enunciado normativo que establece el deber de aplicar el precedente, ya que mantiene el privilegio de los jueces de apartarse de las decisiones de sus superiores jerárquicos –precedente vertical– y de sus propias decisiones –precedente horizontal–, prescribiendo, tan sólo, la adecuada motivación de la decisión de obrar de esta manera²².

20 A falta de una mejor expresión, y para dejar claro que no se trata de un verdadero deber jurídico, si se entiende por carga, en todo caso, “un imperativo del propio interés”.

21 El artículo 4° de la Ley 169 de 1896 se refiere a la Corte Suprema de Justicia, por ser el único órgano de cierre con funciones legales al momento en que fue expedido; se entiende, no obstante –y así lo expresa claramente la Corte Constitucional– que lo predicado aquí para la jurisdicción ordinaria tiene igual validez para las demás “jurisdicciones”.

22 El incumplimiento de esta prescripción, en sí misma un precedente, pues se trata de una consti-

¿De dónde extraer entonces el enunciado sobre el deber de aplicar los precedentes?: de los numerales 14 a 24 de la sentencia 836 de 2001.

En concreto, el deber de los jueces y tribunales de instancia de someterse a las decisiones previas del máximo órgano de su respectiva jurisdicción se enuncia en el numeral 18; y el deber de los tribunales máximos de someterse a sus propias decisiones, en el numeral 21.

Se transcriben uno y otro numeral, para evidenciar en ellos el correspondiente enunciado:

... 18. Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación.
(...)

21. La expresión “erróneas” que predica la norma demandada²³ de las decisiones de la Corte Suprema puede entenderse de tres maneras diferentes, y cada interpretación da lugar a cambios jurisprudenciales por razones distintas. En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior. Como se analizó de manera general en el numeral 18 supra, este tipo de error sobreviniente justifica que la Corte cambie su propia jurisprudencia. En segundo lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión. En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por

tucionalidad condicionada, seguramente daría lugar a una revocación de la providencia mediante tutela, por la violación de un precedente. Descartaría una revocación mediante casación, dados los exigentes requisitos que la Corte Suprema reclama para la procedibilidad de este recurso.

23 Se refiere al artículo 4° de la Ley 169 de 1896, que modificó el artículo 10° de la Ley 153 de 1887.

cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.

Por lo anterior, en adelante, el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, modificatorio del artículo 10° de la Ley 153 de 1887, habrá de entenderse de la siguiente manera: “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo punto de derecho constituye doctrina probable y los jueces *deberán* aplicarla, lo cual no obsta para que la Corte varíe su doctrina en caso de que juzgue erróneas sus decisiones anteriores”.

2. La norma jurídica sobre el deber de aplicar el precedente

Más difícil que encontrar y formular adecuadamente el enunciado normativo sobre el deber de aplicar el precedente, es desentrañar los efectos jurídicos del sentido o norma que contiene: ¿quiénes son sus destinatarios?; ¿por qué se trata de un verdadero deber jurídico?; ¿cuál es su jerarquía en el sistema de fuentes del derecho colombiano? Se interroga, pues, por los elementos y características de la norma.

2.1. Los elementos de la norma jurídica

2.1.1. El destinatario de la norma

Uno de los planteamientos más destacados del positivismo jurídico entendido como teoría del derecho²⁴ fue considerar que “los destinatarios de las

24 Norberto Bobbio sostuvo que existen al menos tres acepciones posibles para la locución ‘positivismo jurídico’: el positivismo jurídico como modo de aproximarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico como ideología y el positivismo jurídico como teoría del derecho. En este último sentido el positivismo jurídico sería “aquella concepción particular del derecho que vincula

normas jurídicas no son los ciudadanos, sino los órganos judiciales encargados de ejercer el poder coactivo” (Binding citado por Bobbio, 2004, p. 81).

Esta teoría fue sostenida por varios filósofos del derecho y *communis opinio* durante casi todo el siglo XX, gracias, en buena medida, a los excelentes escritos de Hans Kelsen, para quien la norma primaria, la única auténticamente jurídica²⁵, es aquella que prescribe un acto coactivo, es decir, la que establece el deber de imponer una sanción luego de verificada una cierta condición.

Desde esta teoría, en tanto el ejercicio del poder coactivo es monopolio exclusivo del Estado, lo lógico es que sólo los jueces, que son una clase de servidores del Estado, sean los destinatarios de las normas jurídicas, pues sólo a ellos les compete determinar la aplicación²⁶ o no de una sanción en un caso concreto.

Sin embargo, no obstante sus importantes contribuciones para el avance de la ciencia del derecho, la teoría se equivocó en puntos esenciales, siendo tal vez el relativo al concepto de norma jurídica el más importante de todos²⁷.

Es claro, pues, que la afirmación de que la norma jurídica tiene esencialmente la estructura de un juicio hipotético cuyo destinatario es siempre un

el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado” (1965; 2004, p. 43.)

25 “Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa” (Kelsen, 1945; 2005, p. 66).

26 Nótese que el juez aplica la sanción; no la ejecuta.

27 Así lo demuestran los escritos de Norberto Bobbio, Herbert Hart y Riccardo Guastini.

servidor público, está estrechamente ligada a la creencia en que toda norma prescribe la realización de un acto coactivo²⁸, lo cual es por completo falso²⁹. Así, decir que las normas secundarias existen, pero que no son normas jurídicas por sí mismas, significa sostener que la juridicidad de una norma depende, por lo menos, de que el comportamiento contrario al previsto en ella conlleve consecuencias atribuidas por la norma primaria, cuando en realidad la juridicidad de una norma individual depende exclusivamente del hecho de pertenecer a un sistema jurídico, por haber sido creada por quien dentro del sistema tenía el poder jurídico de hacerlo. Y no hay duda de que las llamadas normas secundarias, así como las primarias, pueden reunir esta cualidad.

Pero, ¿y a cuenta de qué va todo esto? Primero, de que la norma sobre el deber de aplicar el precedente tiene evidentemente la estructura del juicio categórico propia de las normas secundarias³⁰, y es sin embargo una norma jurídica, por haber sido creada por un órgano competente para producir normas de esta clase: la Corte Constitucional; y segundo, que los destinatarios de esta norma “secundaria” son *todos aquellos que en ejercicio de una función pública, sea o no jurisdiccional, deban tomar una decisión o emitir un concepto*; nadie más. Veamos lo que al respecto dice la Corte Constitucional:

En la medida en que el Consejo de Estado carecía legalmente de funciones jurisdiccionales en el momento en que fueron expedidas las normas que crearon la doctrina legal y la doctrina probable, estas

28 “Si el derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición” (Kelsen, 1945; 2005, p. 62).

29 Al respecto, son contundentes las palabras de Herbert Hart en su presentación al “*Objeto de la Jurisprudencia*” de John Austin: “Deberíamos abandonar la cuestión de si la definición de *derecho* exige que una sanción tenga que estar anexa a toda norma jurídica, porque seguramente es ya obvio que solo una restricción dogmática del uso del término “derecho” o una confusa extensión del término “sanción” puede hacer plausible esta opinión” (Austin, 1832; 2002, p. 11).

30 En el lenguaje de Kelsen.

dos instituciones, y los grados de autonomía que conferían, resultaban aplicables a toda la actividad judicial. Con todo, la regulación actual de los procedimientos judiciales ante las diversas jurisdicciones y de las facultades de los jueces pertenecientes a cada una de ellas son independientes. A pesar de ello (sic), y sin desconocer que la autonomía judicial varía dependiendo de la jurisdicción y de la especialidad funcional, el análisis general de dicha prerrogativa es predicable de los jueces que integran la administración de justicia, tanto los que corresponden a la denominada jurisdicción ordinaria, como a los que pertenecen a la justicia administrativa y constitucional³¹.

La redacción del párrafo anterior podría generar, no obstante, la impresión de que sólo están sometidos a la aplicación del precedente los servidores públicos *con funciones jurisdiccionales al interior de la Rama Judicial*³², mas tal interpretación sería incorrecta.

Si se observa la primera parte de la transcripción –aquella que va hasta el primer punto– se establece como criterio determinante para la aplicabilidad del precedente el ejercicio de “toda la actividad judicial”, cumplida o no por un órgano judicial.

Se objetará, tal vez, que, *stricto sensu*, la “actividad judicial” es aquella que ejerce un órgano judicial, a diferencia de la “función *jurisdiccional*”,

31 Sentencia C-836 de 2001.

32 El siguiente apartado pareciera expresarse en el mismo sentido, pero incluyendo esta vez a los jueces del Consejo Superior y de los Consejos Seccionales de la Judicatura: “De allí que, reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunde en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares” (Sentencia c-335 de 2008).

consistente en la administración o –más exacto aún– impartición de justicia, aunque no sea por un órgano judicial; de aceptarse esta interpretación, sólo los jueces estarían sujetos al precedente, y no así otras personas que imparten justicia, como los árbitros o algunos órganos de la administración pública.

Este razonamiento, aunque técnicamente correcto, desconocería que en el uso habitual del lenguaje la voz “judicial” se emplea indistintamente para referirse al órgano del poder público y a la función soberana de administrar justicia. Sólo el contexto permite distinguir el sentido que se le da a esta expresión, y en este caso la Corte Constitucional, claramente, se refirió a la función y no al órgano; basta con leer el artículo 116 de la Constitución Política para comprobar la verdad de lo que aquí se afirma³³.

En cualquier caso, como se verá en el siguiente numeral, los sujetos del deber de aplicar los precedentes no son sólo las personas que ejercen función jurisdiccional; son, se reitera, *todas las personas que en ejercicio de una función pública deban tomar una decisión o emitir un concepto*.

2.1.2. El objeto de la norma jurídica: el deber de aplicar el precedente

Las normas jurídicas son el producto o efecto jurídico de cierta clase de actos jurídicos; pero las normas jurídicas también tienen sus propios efectos: la

33 ARTÍCULO 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (Negrillas fuera del texto original).

creación de relaciones jurídicas intersubjetivas³⁴. Estas relaciones intersubjetivas implican siempre, al mismo tiempo, una situación favorable para una persona y una situación desfavorable para otra.

Pues bien, aunque suelen expresarse de manera limitada como el tándem “derecho subjetivo–deber jurídico”³⁵, estas relaciones se expresan con mucha mayor claridad en los llamados “conceptos jurídicos fundamentales”: derecho subjetivo–deber jurídico, privilegio–no derecho, potestad–sujeción e Inmunidad–Incompetencia (Hohfeld, 1918; 2004, p. 16).

En la anterior clasificación, la expresión “deber jurídico” recibe un significado depurado, casi inequívoco: la conducta contraria al acto condicionante de una *sanción*³⁶.

Pues bien, los destinatarios de la norma jurídica que prescribe la aplicación del precedente, es decir, todos los que en ejercicio de una función pública deban emitir una decisión o un concepto, tienen el deber jurídico de aplicar los precedentes, porque de lo contrario serían sancionados.

Pero la sanción para estas personas, pese a lo que suele insinuarse tanto en doctrina como en jurisprudencia, no consiste en la revocación de sus decisiones jurisdiccionales o administrativas mediante recursos ordinarios o

34 Vale la pena la precisión, en tanto no sólo existen relaciones jurídicas intersubjetivas; también existe la relación jurídica entre un sujeto de derecho y un objeto de derecho, y esta relación recibe el nombre de “interés”.

35 “En principio, la distinción entre derecho en sentido objetivo y subjetivo pretende ser una división de la totalidad de los fenómenos jurídicos. Junto al Derecho objetivo, constituido por las normas o proposiciones jurídicas, hállanse las facultades o derechos subjetivos –“derechos”, pura y simplemente, según el modo usual de denominarlos- y los deberes jurídicos del sujeto” (Kelsen, 1945; 2005, p. 61).

36 Equívoco es el significado de la palabra *sanción*.

extraordinarios, o incluso mediante tutela³⁷. Estas revocaciones –a las que, extendiendo el lenguaje de los civilistas, se les podría clasificar dentro de las llamadas “sanciones a los actos jurídicos”–, se originan ante el incumplimiento de una norma instrumental, esto es, de una norma que regula el procedimiento para la producción de otras normas existentes y válidas para un ordenamiento jurídico³⁸, pero no son sanciones en tanto se limitan a declarar que una norma es inexistente, o que una norma deja de existir como norma jurídica, sin que acarreen por otra parte algún mal para su autor o sus bienes jurídicos³⁹.

37 La violación del precedente es también una vía de hecho, y procede por tanto la acción de tutela: “En el caso del precedente horizontal, es decir aquel determinado por un mismo cuerpo colegiado o por una misma autoridad judicial de igual jerarquía, se concluye que tanto los jueces, como los magistrados pueden apartarse sabiamente del precedente de otra sala o de un pronunciamiento establecido por sí mismos, siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho había seguido en casos sustancialmente idénticos, quedando resguardadas con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad como las garantías de independencia judicial exigidas”.

(...)En conclusión, y de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios, entonces, dos elementos básicos: I) referirse al precedente anterior y II) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad” (Sentencia T-698 de 2004).

38 Como la norma que les exige a los jueces exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos de su decisión de apartarse del precedente, establecida en la parte resolutive de la sentencia C-836/01, arriba estudiada.

39 “Nadie podría negar que, en algunos casos, existen estas asociaciones entre la nulidad y factores psicológicos tales como la frustración de la esperanza de que una transacción será válida. A pesar de ello, extender la idea de sanción hasta incluir la de nulidad es una fuente (y un signo) de confusión. (...) Un juez puede no tener interés material en la validez de su resolución o ella puede serle indiferente; un litigante que verifica que el contrato por el que se lo demanda no es obligatorio para él porque al celebrarlo era menor de edad, o porque no firmó el memorándum escrito exigido para ciertos contratos, podría no reconocer aquí un “mala amenazado” o una ‘sanción’ ” (Hart, 1995, pp. 42-43).

¿Dónde encontrar entonces la sanción? En el Código Penal, en el tipo sobre el delito de prevaricato por acción:

“ARTICULO 413. PREVARICATO POR ACCION. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

Así, todas las personas naturales que en ejercicio de una función pública profieran dolosamente una decisión o un concepto manifiestamente contrario a un precedente judicial, incurrirán en prisión, en multa e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas; por esto mismo, si la conducta contraria a la aplicación del precedente —una vez cumplidos los demás elementos descritos en el tipo penal— es un acto condicionante de tres clases de sanciones penales, es indiscutible que el deber de aplicar los precedentes es un deber jurídico *strictu sensu*.

Esta conclusión, claro está, sólo es aceptable si se comprende, en primer lugar, que la palabra “ley” en el contexto del artículo 413 del Código Penal incluye no sólo la ley en sentido formal, sino todo aquello que suele denominarse ley en un sentido material, y más aún, aquello que integra “el ordenamiento jurídico”⁴⁰; y en segundo lugar, que el sujeto activo del

40 La expresión “ley en sentido material” alude a cualquier norma jurídica de carácter general y abstracto; no obstante, se podría incurrir en el delito de prevaricato por acción por la grosera inaplicación de una norma de carácter particular y concreto, e.g. una norma contractual. Por esto es más apropiado hablar de “ordenamiento jurídico” que de “ley en sentido material”. Así, en sentencia del 18 de enero de 2003, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que el delito de prevaricato “se configura cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución o dictamen ostensiblemente contrario a la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley, y afectando de este modo la integridad del ordenamiento jurídico y con ello la de la administración pública a cuyo nombre actúa”.

delito de prevaricato por acción no es exclusivamente el servidor público –salvo que se entienda acá lo que el artículo 20 del Código Penal entiende por servidor público–, sino además los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria⁴¹.

Este mismo análisis llevó a la Corte Constitucional, en la sentencia C-335 de 2008, a declarar exequible el citado artículo 413 del Código Penal, el cual había sido acusado de inconstitucionalidad por supuestamente dejar sin sanción la violación de normas constitucionales y la violación de los precedentes judiciales de las Altas Cortes:

La Corte considera que, contrario a lo sostenido por los demandantes, el delito de prevaricato por acción no se comete por una simple disconformidad que se presente entre una providencia, resolución, dictamen o concepto y la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes, a menos que se trate de un fallo de control de constitucionalidad de las leyes o de la jurisprudencia sentada por aquéllas que comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general⁴². (Sentencia C-335 de 2008. Subrayado fuera del texto).

41 “Así las cosas, la Corte insiste en señalar que el delito de prevaricato por acción se comete únicamente cuando los servidores públicos, incluidos los jueces de la República, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política, emiten resolución, dictamen o concepto que resulte ser manifiestamente contrario a la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general, en los términos indicados de manera constante por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia” (Sentencia c-335 de 2008).

42 Habría que agregar, según ya se expuso, los fallos de revisión de tutela.

2.2. Características de la Norma Jurídica

2.2.1. Características de las normas sobre el deber de aplicar el precedente

La norma jurídica sobre el deber de aplicar el precedente y la norma jurídica dispuesta en un precedente en particular son dos normas totalmente distintas que no deben jamás confundirse, aunque presenten características comunes.

Así, materialmente, es decir, desde el punto de vista de su contenido, objeto o conducta regulada, sólo existen diferencias: la primera prescribe el deber de aplicar los precedentes; la segunda puede versar sobre cualquier otra conducta⁴³.

Y en cuanto a su aspecto formal, en primer lugar, ambas son precedentes: la norma jurídica que prescribe el deber de aplicar el precedente *también es un precedente*, pues hace parte de la *ratio decidendi* de algunas sentencias de la Corte Constitucional; y en segundo lugar, mientras la primera norma tiene la misma jerarquía de una norma constitucional, o en otras palabras, tiene rango constitucional, los demás precedentes podrán tener rango constitucional, legal o administrativo, según el caso.

Esta última característica es bastante importante, pues delata la naturaleza eminente del acto creador de un precedente: la declaración del derecho constitucional, legal o administrativo; no su creación, ni su aplicación ni su ejecución.

2.2.2. Características del acto creador del precedente

Como toda conducta humana, aquella consistente en la elaboración de una norma está impulsada por una intención o finalidad, y por tanto, puede

43 Alguno dirá "siempre y cuando la conducta no sea necesaria o imposible", lo cual es discutible.

comprenderse sólo en razón de un porqué y de un para qué. El porqué de la creación de la norma se descubre en el hecho social que suministra su contenido, esto es, en una necesidad concreta y tangible de su creador o de sus destinatarios⁴⁴; el para qué de su creación, en la finalidad que persigue el creador al expedirla: la satisfacción de dicha necesidad.

Pues bien, la Corte Constitucional ha señalado repetidamente cuál es la finalidad por ella perseguida con la creación de las normas jurídicas que impusieron en Colombia el deber de aplicar los precedentes: satisfacer la necesidad de seguridad jurídica –o confianza legítima– y de igualdad de trato que tiene cualquier individuo ante quienes en ejercicio de una función pública deban tomar una decisión o emitir un concepto que les afecte.

Lo anterior se presentó, por supuesto, luego de que la Corte denunciara que la ley –entendida aquí en sentido material, es decir, como la norma general y abstracta creada por el constituyente, por el órgano legislativo o por el órgano de la administración pública– no lograba por sí misma la realización de ambos valores, ni siquiera desde un punto de vista estrictamente formal, siendo la causa de ello el que muchos enunciados jurídicos posibilitan al mismo tiempo la interpretación y elección de múltiples sentidos normativos razonables, y, por consiguiente, decisiones muy diversas frente a un mismo caso y más aún frente a casos apenas semejantes.

La postura de este Tribunal implica, por tanto, que en adelante la persona ocupada en la tarea de aplicar el derecho, ejerza ella o no funciones jurisdiccionales⁴⁵, deberá abstenerse de escoger aquél que entre los distintos sentidos razonables ofrecidos por una disposición normativa, sea constitucional, legal o administrativa, le parezca más adecuado en la situación específica bajo su consideración, y habrá de someterse en cambio a aquél

44 Lo que también recibe el nombre de “fuente material de derecho”.

45 Siendo la función jurisdiccional el ejercicio de actos de aplicación del derecho con el fin de componer directamente conflictos de intereses jurídicos.

sentido escogido previamente en el precedente, el cual será de esta manera la única norma vigente de carácter general y abstracto que pueda extraerse del texto interpretado. En conclusión, el acto creador de un precedente es ante todo un acto declarativo del derecho.

Lo anterior merece cierta explicación, veamos:

En ‘Teoría del Derecho’ es frecuente la distinción entre actos de producción, actos de aplicación y actos de ejecución del derecho⁴⁶.

A grandes rasgos, la expresión ‘producción de derecho’ denota todo acto o hecho que produzca normas generales y abstractas; la expresión ‘aplicación del derecho’ denota la actividad consistente en crear preceptos singulares y concretos de conformidad con normas generales y abstractas preconstituidas; y la expresión ‘ejecución del derecho’ designa todo comportamiento material que constituya obediencia a una norma dirigida a los órganos del Estado (Guastini, 1999, pp. 84-85).

Pues bien, si en verdad la finalidad del precedente consiste en garantizar la igualdad y la seguridad jurídicas mediante la fijación por parte del órgano judicial competente del único sentido normativo posible en la interpretación de un determinado enunciado, en general, no sería posible encasillar el acto creador del precedente en alguno de los tres tipos ideales enumerados en el párrafo anterior, dado que la labor del intérprete, en este caso, se reduce a escoger —es decir, a declarar—, cuál de todos los sentidos literales posibles y extraíbles de la disposición constitucional, legal o administrativa es el aplicable para el caso concreto y para los demás casos semejantes que se presenten hacia el futuro⁴⁷.

46 Distinción que proviene de la Teoría Política, al separar la función legislativa, la jurisdiccional y la ejecutiva.

47 Por otro lado, la norma particular y concreta que se crea en la parte resolutive de las mismas sentencias constituye, ella sí, un acto de aplicación del derecho en sentido estricto.

Hay que reconocer, entonces, que el precedente no crea derecho, sino que lo declara con carácter vinculante –carácter que proviene de otras normas: los precedentes de la Corte Constitucional estudiados acá–, “pues no constituye producción de derecho la mera repetición de normas preexistentes ni la formulación de preceptos que sean meras consecuencias lógicas de normas preexistentes” (Guastini, 1999, p. 82).

Aun así, cuando en el precedente judicial, so pretexto de interpretar la disposición, el juez se salga claramente de los cauces establecidos por el tenor literal, a tal punto que su interpretación desconozca y conlleve la eliminación de todos los sentidos posibles del texto, el precedente constituirá un acto de creación del derecho, incluso –y con mayor razón– cuando su autor declare expresamente estar aplicando el texto normativo⁴⁸.

3. Conclusiones y consideraciones finales

El deber de aplicar los precedentes de los jueces de la república es un deber jurídico de rango constitucional: 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 Magna⁴⁹; por tanto, es un precedente judicial de rango constitucional.

48 Ejemplo de ello lo encontramos en el mismo precedente de la Corte Constitucional sobre el deber de aplicar los precedentes: el artículo 230 de la Constitución expresamente señala que la jurisprudencia constituye un criterio auxiliar de la actividad judicial. No se puede afirmar que un criterio auxiliar –o secundario– es un criterio principal, sin violar el principio de contradicción, pues se trata de proposiciones contradictorias: ambas no pueden ser ciertas ni falsas al mismo tiempo, o, en otras palabras, una es cierta y la otra es falsa, necesariamente. Así, en el caso estudiado, la Corte Constitucional concluyó que la proposición del artículo 230 es falsa, por ser contraria a la Constitución.

49 Y que, a mi juicio, no era un sentido posible para ninguna de las disposiciones de la Constitución, razón por la cual este precedente en particular constituye un verdadero acto de creación de derecho.

Ahora, la Constitución no ofrece ningún motivo que indique que los precedentes no vinculan de manera inmediata y, no obstante ello, por disposición legal, los precedentes judiciales –exceptuando por supuesto los de la Corte Constitucional– sólo vinculan cuando hayan sido reiterados por el mismo juez o Tribunal en al menos tres de sus providencias.

La razón de esto es clara: el único sentido constitucional del artículo 4° de la Ley 169 de 1896 sería aquél según el cual “tres decisiones uniformes dadas por los jueces de la república sobre un mismo punto de derecho constituye doctrina probable, y los jueces deberán aplicarla”.

Dos consecuencia lógicas se derivan de lo anterior: primero, que el legislador está constitucionalmente facultado para establecer cuántas providencias se requieren para que los precedentes sean vinculantes – exceptuando los de la Corte Constitucional que obligarán siempre de manera inmediata–; segundo, si dicha norma legal fuera derogada total o parcialmente, el deber de aplicar el precedente aún subsistiría, por mandato de la Constitución, y en adelante todo precedente judicial, sin importar la autoridad del cual emane, vincularía de forma inmediata.

Un ejemplo de esto último se encuentra en el artículo 102 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011–, que aún no ha entrado en vigencia.

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: (...).

Esto significa entonces que a partir del 2 de junio del año 2012, fecha en que entrará a regir la Ley 1437 de 2011, no sólo los precedentes emanados de la Corte Constitucional, sino además los de las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado, obligarán de forma inmediata; los demás precedentes judiciales, luego de haberse reiterado en tres providencias.

Referencias

- Austin, J. (2002). *El objeto de la Jurisprudencia* (Trad. J. R. De Páramo). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (Original en inglés, 1832).
- Bernal, C. (2009). *El Precedente en Colombia*. En *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*. (pp. 153 a 167). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-104 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- . Bogotá. Sentencia C-131 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- . Bogotá. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- . Bogotá. Sentencia T-175 de 1997. José Gregorio Hernández Galindo.
- . Bogotá. Sentencia C-836 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- . Bogotá. Sentencia T-698 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.
- . Bogotá. Sentencia C-335 de 2008. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Bobbio, N. (2004). *El Problema del Positivismo Jurídico* (8va Reimp.). (Trad. E. G. Valdés). México, D.F., México: Fontamara. (Original en italiano, 1965).
- (2007). *Teoría General del Derecho* (3ra. Ed.). (Trad. E. R. Acuña). Bogotá, D.C., Colombia: Temis. (Original en italiano, 1958,1960).
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho* (1ra Ed.). (Trad. J. F. Beltrán). Barcelona, España: Gedisa.
- Hart, H. (1995). *El Concepto de Derecho*. (Trad. G. Carrió). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. (Original en inglés, 1961).
- Hohfeld, W. (2004). *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (5ta Reimp.). México, D.F., México: Fontamara. (Original en inglés, 1913).
- Kelsen, H. (1979). *Teoría Pura del Derecho* (16ta Ed.). (Trad. M. Nilve). Buenos Aires, Argentina: Eudeba. (Original en alemán, 1960).
- (2005). *Teoría General del Estado* (2da Ed.). (Trad. L. L. Lacambra). México, D.F., México: Guayacán. (Original en alemán, 1945).