

LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDEN JURÍDICO COLOMBIANO

CARLOS BERNAL PULIDO¹

The character of judicial opinions today as both formal and material sources of law was not an innovation brought about by the 1991 Constitution. This article proposes an operative definition of binding force, shows how the elements of that definition appear in judicial opinions, and presents the constitutionally appropriate meaning of the phrase “auxiliary criterion [*criterio auxiliar*]” in article 230 of the Constitution. Furthermore, this essay explains why when judges apply the law they are also making laws, in the form of norms contained in the reasoning of each opinion. Such norms, which should be called subordinate [*adscritas*], are binding for the high courts in a unique way. It is necessary to design a procedure to control how judges submit to the constitutional doctrine derived from judicial opinions; this procedure should include clear rules with which the Constitutional Court must also comply.

Introducción

El derecho, como la cultura y en general todo lo que atañe al hombre, no es inmune al surgimiento, el cambio y el declive de modas y tendencias. El estudio de la historia de cualquier ámbito jurídico, e incluso de la propia teoría del derecho, revela bien la manera en que el llamado “espíritu d de los tiempos”, el *Zeitgeist*, cala en las concepciones jurídicas vigentes, socava aquellas que le son incompatibles, las estigmatiza como arcaicas o en desuso, y las reemplaza por nuevas visiones que conviene poner a la vanguardia, en boga.

¹ Agradezco a María José Viana y a Edgar Solano (ambos profesores e investigadores de la Universidad Externado de Colombia) por los valiosos comentarios al borrador de este artículo, que me han permitido corregir varios errores, aclarar algunas ideas y complementar las referencias bibliográficas.

No resultaría incluso del todo impertinente llevar al extremo este acontecer y aventurar una definición de la historia del derecho como la lucha, el triunfo y la capitulación de tendencias jurídicas impuestas por el espíritu de los tiempos – o para llamar las cosas por su nombre, por los intereses políticos y económicos dominantes en cada época -. En esta historia, y aunque se crea paradójico, los elementos del derecho se transforman y permanecen, se desdibujan y reaparecen, todo cambia para que todo siga igual, como indica el tópico del Gattopardo y todo se desvanece para luego revivir.

Ante los ojos de un jurista de la célebre Corte Suprema de Justicia del año 1935, el título de este artículo quizás aparecería como un asunto resuelto, como un tema propio de un manual de lo consabido en derecho, ajeno a retos o innovaciones. Del mismo modo, a este jurista le costaría trabajo entender la razón exacta de las controversias surgidas entre las altas cortes, en torno a la fuerza vinculante de los precedentes, es decir, de las sentencias judiciales, a partir de la Constitución Política de 1991 y a lo largo de los primeros años de ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte Constitucional. Tampoco comprendería este jurista, que participara en la transferencia y la asimilación por vía jurisprudencial de las, en aquél entonces, corrientes vanguardistas del derecho civil francés, por qué se proclama un cambio de paradigma en nuestro derecho y se vaticina la hegemonía del llamado “derecho de los jueces”, que sería correlativo a la huida del derecho, explícita o soterrada, del ámbito de la ley, de los códigos y de la actividad parlamentaria. Este jurista de la Corte de Oro consideraría, con seguridad, un tanto incongruente que en la era de la globalización de la democracia, cuya implantación, por lo menos formal, se ha escrito con fusil y sangre en América Latina, se critique con tanto desparpajo la deliberación parlamentaria y su producto, y juzgaría como un gesto oportunista calificar a la obediencia a la ley con el caricaturizado estigma del “formalismo”, para ensalzar el “antiformalismo” del juez que todo lo puede, del “justiciero” vestido de toga.

Con todo esto quiero decir que la atribución teórica y práctica de fuerza vinculante a los precedentes judiciales no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco representa el abandono de un modelo de formalismo que, dicho sea de paso, no ha existido en ningún lugar del orbe, ni aún en el escenario de la Francia posrevolucionaria: el formalismo del juez que, como insinuaba Montesquieu, se limitara a pronunciar las palabras de la ley, el de un juez subsuntor sin creatividad, de fácil reemplazo hoy día por un programa informático de medio desarrollo. Por el contrario, es preciso reconocer que, al igual que la ley, el precedente judicial o, dicho de un modo más armónico con nuestra tradición jurídica, la jurisprudencia, tiene hoy día en el orden jurídico colombiano el carácter de fuente formal y material del derecho. Igualmente, debe aceptarse que este

carácter de fuente del derecho no es una innovación de la jurisprudencia constitucional ni de la Constitución Política de 1991 – que, por lo demás, en su artículo 230 trata el tema con una formulación más bien tradicionalista –. Como consecuencia, y dado que no hay fuente del derecho que no tenga fuerza vinculante, pues uno y otro concepto son las dos caras de una misma moneda, conviene aceptar *ab initio* que la jurisprudencia tiene fuerza vinculante en el orden jurídico colombiano y que, de uno u otro modo, siempre la ha tenido.

Lo que no es evidente, y más aún, constituye el aspecto que despierta las perplejidades de mayor connotación, es por qué la jurisprudencia debe desplegar fuerza vinculante en nuestro ordenamiento jurídico y, consecuentemente, cómo debe caracterizarse a esta propiedad. ¿En qué podemos fundarnos para afirmar que la jurisprudencia tiene fuerza vinculante en Colombia? ¿Es esta fuerza vinculante idéntica a la que caracteriza a la Constitución y a la ley, o tiene rasgos *sui generis*? ¿Acaso es una fuerza vinculante menos fuerte o menos vinculante, una fuerza vinculante *soft* o *light*, por así decirlo? Y si es así, ¿qué circunstancias determinan estas atenuaciones o matizaciones?

Para enfrentar estos interrogantes, conviene señalar que la idea de atribuir fuerza vinculante a la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano, como todo asunto de todo o nada, puede dar lugar a dos tesis contrarias: una tesis escéptica y otra optimista. En este artículo será abordada la tesis escéptica en la primera parte y la tesis optimista en la segunda.

Primera parte: La tesis escéptica

I. Planteamiento

La tesis escéptica desree de la posibilidad de fundamentar en las disposiciones de nuestro derecho la idea de que la jurisprudencia pueda tener fuerza vinculante. Su principal asidero estriba en una interpretación tradicionalista del artículo 230 de la Constitución, que establece la sujeción de los jueces “sólo” al imperio de la ley, y atribuye a la jurisprudencia el carácter de “criterio auxiliar” de la actividad judicial. De acuerdo con la interpretación tradicionalista de este artículo, la única fuente formal del derecho que vincularía a los jueces sería la ley – sumada a la Constitución (en virtud del artículo 4 de su texto) y a las demás fuentes cuya fuerza vinculante estuviese reconocida expresamente por la ley (los actos administrativos, los contratos, las convenciones colectivas y la parte resolutive de las providencias judiciales) - . Por lo demás, la jurisprudencia, entendida como la parte motiva de las sentencias de los jueces, y en especial de las altas cortes, sería únicamente un “criterio auxiliar”, es decir, una

guía no vinculante para el juez, que podría inspirarlo si se enfrentase a una duda sobre el sentido de la ley, pero que de ninguna manera lo ataría.

La tesis escéptica enfatiza que, por ejemplo, en lo concerniente a las sentencias de la Corte Constitucional, en Colombia no existe una disposición como el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España² que, en concordancia con el artículo 164.1 de la Constitución Española³ y el 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁴, impone a los jueces ordinarios el deber de sujetarse a la jurisprudencia de este Tribunal⁵. También denuncia la ausencia en nuestro ordenamiento de textos como los § 31.I y 31.II de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán⁶, que atribuyen a sus sentencias efecto vinculante frente a todos los poderes públicos y fuerza de ley a aquellas decisiones que adopta en el control abstracto de normas y que son declaratorias de inconstitucionalidad. Por último, dicha postura argumenta lo incongruente que resulta con nuestro sistema jurídico, pregonar la incorporación del principio del *stare decisis*, en sus modalidades vertical y horizontal, que es más bien propio de un modelo como el *case law* de la jurisprudencia norteamericana⁷.

²Dicho artículo 5.1 literalmente dispone: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

³ En este artículo establece la Constitución Española: "Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos".

⁴ Esta disposición prescribe: "En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad".

⁵ Cfr. Augusto Martín de la Vega, *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, colección Temas de derecho público, núm. 68, p. 58 y ss. Asimismo, Leonor Moral Soriano, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 162 y ss.

⁶ Su texto es: "Artículo 31.1. Las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal serán vinculantes para los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados regionales, así como para cualesquiera tribunales y autoridades. 2. En los casos de los números 6, 11, 12 y 14 del artículo 13 la resolución del Tribunal Constitucional Federal tendrá fuerza de ley. La tendrá asimismo en los casos del propio artículo 13, número 8 a, cuando el Tribunal Constitucional Federal declare una ley compatible o incompatible con la Ley Fundamental o bien como nula..."

⁷ Cfr. En castellano sobre este principio: Ana Laura Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Mc Graw Hill, Madrid, 2001, p. 38 y ss.

Como es bien sabido, entre otras razones por la síntesis de Diego López Medina⁸, la tesis escéptica encontró abanderados en varios magistrados de la primera Corte Constitucional y se perfiló como la doctrina reinante, entre otras, en las Sentencias C-113 de 1993, C-131 de 1993 y C-083 de 1995. Del mismo modo, su espíritu caló en la redacción originaria del artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que reiteró que la parte motiva de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional “constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”. La Corte Constitucional matizó la redacción prístina de esta disposición, para atribuir carácter obligatorio general a las interpretaciones que ella misma hace “por vía de autoridad”⁹.

La tesis escéptica ha recibido recientemente una vigorosa defensa en los argumentos de Alexei Julio Estrada¹⁰. En el trasfondo del pensamiento de este autor se halla la idea de que las expresiones “carácter vinculante” y “criterio auxiliar” son incompatibles entre sí. Por esta razón, “la jurisprudencia o bien es una fuente del derecho principal con carácter vinculante o bien es un mero criterio auxiliar”. Esta sería entonces una disyuntiva irreducible y en todo ordenamiento jurídico sólo cabría optar por una de las posibilidades, por uno de los cuernos del dilema, como se diría en otras latitudes. En el sentir de Julio Estrada, “el Constituyente colombiano de 1991 parece que se decantó decididamente por la segunda opción”, es decir, por catalogar a la jurisprudencia como criterio auxiliar y por descartar paralelamente cualquier hipótesis de otorgarle carácter vinculante. De esto se seguiría, según este autor, que la Corte Constitucional incurriría en un dislate cuando, como lo hace en sentencias antiguas y relativamente recientes, incluye a la jurisprudencia dentro del “imperio de la ley” al que está sujeto el juez. El yerro de la Corte se debería a dos razones:

En primer lugar, porque el precepto en cuestión (es decir, el artículo 230 de la Constitución Política) lo que en realidad

⁸ *El derecho de los jueces*, Legis, 2000, capítulo I.

⁹ Cfr. La Sentencia C-037 de 1996. Cfr. Un comentario de esta Sentencia en este aspecto: Germán Lozano Villegas, *El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional con ocasión del control abstracto de normas y su incidencia en el sistema de fuentes del derecho: el caso colombiano*, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 38 y ss.

¹⁰ Cfr. “El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001”, en AAVV (Eduardo Montealegre Lynett Coordinador), *Anuario de derecho constitucional*. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, especialmente la nota 13 de la p. 50.

persigue es asegurar la autonomía funcional de los jueces, esto es, la independencia externa e interna de los funcionarios judiciales frente a los otros poderes públicos y al interior de la misma rama, autonomía que resulta claramente amenazada con una teoría fuerte del precedente; por otra parte, se pretende evadir el problema planteado por la segunda parte de la norma constitucional que expresamente le otorga a la jurisprudencia el carácter de criterio auxiliar.

II. Crítica de la tesis escéptica

En contra de la tesis escéptica cabe oponer por lo menos cuatro argumentos.

1. De acuerdo con el primero de ellos, esta tesis resulta contraria a la intuición, incluso en un sistema de derecho continental estructurado a la manera del escalonamiento jurídico propuesto por Adolf Julius Merkl en sus famosos *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*¹¹, e incorporado con presteza por Kelsen a su Teoría Pura del Derecho. En todo sistema de derecho continental, las fuentes formales que aparecen revestidas con fuerza vinculante son las creadas mediante procedimientos explícitamente previstos para la creación de normas – como la Ley y los Actos Administrativos – y por autoridades con competencias específicas para ello, y no para la aplicación de normas – como la Jurisprudencia -. Sin embargo, como el propio Kelsen reconocería sin ambages en su virulenta crítica a Schmitt en torno al tema del juez constitucional, así como es imposible separar la justicia de la política, también lo es trazar una barrera fronteriza, un abismo insalvable entre la creación y la aplicación del derecho¹². De esta manera, carecería de sentido enajenar toda virtualidad creadora a los procedimientos de aplicación de normas y a las autoridades que los llevan a cabo, así como negar fuerza vinculante al producto de tales procedimientos: la Jurisprudencia.

2. El segundo reparo que puede formularse contra la tesis escéptica es que ella eliminaría toda posible proyección, en nuestro ordenamiento jurí-

¹¹ Adolf Julius Merkl, “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues”, en Id., *Gesammelte Schriften*, I. Tomo: *Grundlagen des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 1995, p. 437 y ss.

¹² Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Traducción y notas de Roberto J. Brie, con estudio preliminar de Guillermo Gasión y supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Tecnos, Madrid, 1995, p. 18 y ss.

dico, de los argumentos que hablan a favor de reconocer fuerza vinculante a la jurisprudencia. Algunos de estos argumentos son los siguientes¹³:

a. La búsqueda de la coherencia. 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.

b. El respeto al principio y derecho a la igualdad. El derecho debe tratar del mismo modo, con las mismas soluciones, a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros. Esta es, asimismo, una exigencia del principio de universalidad.

c. La garantía de la estabilidad del sistema jurídico. La estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y ello, a su vez, exige la uniformidad de dicha aplicación. La estabilidad es a su vez un presupuesto de la seguridad jurídica y del respeto del principio de la confianza legítima¹⁴.

d. La preocupación de reducir el ámbito de de discrecionalidad de los jueces de inferior jerarquía en la administración de justicia. Resulta paradójico que, para oponerse a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia, se afirme que de este modo se aumenta la discrecionalidad judicial. En realidad, es todo lo contrario: cuanto más vinculado esté el juez inferior a las reglas de la jurisprudencia establecidas por los jueces de máxima jerarquía en el sistema, menor será el ámbito de discrecionalidad del que puedan gozar. Como es evidente, esta estrategia sacrifica la libertad creativa del juez inferior, pero redundando en beneficio de la coherencia del sistema.

¹³ Cfr. Sobre estos argumentos: Robert Alexy y Ralf Dreier, "Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany", en AAVV (Neil MacCormick y Robert Summers Edts), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1993, p. 82 y ss. En el mismo tomo: Neil MacCormick y Robert Summers, "Interpretation and Justification", p. 518 y ss. Asimismo: Theodore M. Benditt, "The Rule of Precedent", en Lawrence Goldstein (Editor), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 89 y ss.; y Leonor Moral Soriano, "A progressive Foundation of Precedents", ARSP, Vol. 86, 2000, cuaderno 3, p. 327 y s s.

¹⁴ Cfr. La Sentencia C-836 de 2001: "La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento jurídico de manera estable y consistente". [...] "En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias".

3. Ahora bien, la tercera objeción contra la tesis escéptica aduce que en la jurisprudencia pueden hallarse los elementos que conforman el concepto de fuerza vinculante de la ley (la existencia de una norma, y de un titular que tiene un derecho frente a un destinatario que tiene el deber de llevar a cabo lo prescrito por la norma, so pena de hacerse acreedor a una sanción), si se analiza con base en los modelos más comunes del mismo. Como ya se ha dicho, aquí se entiende por jurisprudencia la parte motiva de las sentencias judiciales y se hace valer que en ella se encuentran los elementos que conforman el concepto de fuerza vinculante. Sin embargo, esta afirmación no es evidente, sino algo que la tesis optimista debe fundamentar para poder imponerse como la tesis correcta.

4. Por último, es incluso posible desvirtuar el argumento principal en que se funda la tesis escéptica y que parte de la ya expuesta interpretación restringida del artículo 230 de la Constitución. Para desvirtuar este argumento es preciso referirse a tres aspectos: el argumento de la independencia judicial, el concepto de imperio de la ley y el concepto de criterio auxiliar.

En lo que concierne al argumento de la independencia judicial, en contra de la opinión de Alexei Julio Estrada, debe decirse que no parece del todo claro que este argumento tenga mucho que ver con la fuerza vinculante de la jurisprudencia; mejor aún, no se entiende cómo el hecho de reconocer que los jueces están vinculados a la jurisprudencia, pueda poner en jaque a la independencia judicial. Es evidente que el principio de independencia judicial no es incompatible con la vinculación del juez al sistema de fuentes del derecho, sino que le es complementario. De acuerdo con este principio, el juez debe decidir los casos que se presenten a su examen, sólo con fundamento en el sistema de fuentes del derecho y no en el sentido en que se lo indique la influencia que otros poderes ejerzan: el ejecutivo, el legislativo, poderes privados u otros funcionarios de la rama judicial. En cuanto a estos últimos, es bien palmaria la diferencia que media entre sus opiniones e intereses privados y la jurisprudencia. Lo que implica la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia es, desde luego, que el juez futuro está sujeto a las decisiones existentes en el sistema jurídico, mediante las cuales se han resuelto casos pasados, y no a las opiniones o intereses de los demás jueces, sobre todo de los magistrados de las altas cortes. Esta diferencia es incluso parangonable con la distinción que se presenta entre la Ley y las opiniones e intereses de los congresistas. De ningún modo podría pensarse que el deber judicial de aplicar la ley vulnera el principio de independencia judicial, pues la ley no se confunde con los intereses y opiniones privadas de los congresistas. La independencia judicial no es la autonomía del juez frente al sistema de fuentes del

derecho¹⁵, sino frente a la influencia de poderes, opiniones e intereses que se sitúan por fuera de dicho sistema¹⁶. Una interpretación diferente del principio de independencia judicial no sería acorde con la Constitución¹⁷.

El segundo aspecto que ha de considerarse es el concepto de imperio de la ley. Sobre este concepto debe decirse, que desde muy temprano la jurisprudencia constitucional reconoció que la expresión imperio de la ley, contenida en el artículo 230 de la Constitución, se refiere a todo el ordenamiento jurídico: “De ahí que la palabra ‘ley’ que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe ordenamiento jurídico”¹⁸. Tiene razón la alta Corte cuando considera absurdo entender la palabra ley sólo en la acepción de ley formal, es decir, la expedida por el Congreso:

...el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada – la “ley” captada en su acepción puramente formal – sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas¹⁹.

¹⁵ La idea de que la independencia judicial no puede esgrimirse como argumento para que el juez eluda la aplicación del ordenamiento jurídico ha sido reiterado por la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades. Cfr. Por ejemplo, las Sentencias T-231 de 1994, T-123 de 1995 y T-345 de 1996. Así también en la más reciente T-054 de 2003: “ha de señalarse que el principio de independencia judicial se funda en la necesaria relación de obediencia y acatamiento que en todo momento ha de observar el juez frente al ordenamiento jurídico”.

¹⁶ “La autonomía funcional del juez busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos sobre el funcionario que las adopta”. Sentencia T-249 de 1995.

¹⁷ “Es evidente que si el principio de independencia judicial se interpreta de manera absoluta, se terminará por restar toda eficacia al principio de igualdad. En la aplicación de la ley, los jueces podrían a su amaño resolver las controversias que se debaten en los procesos. En esta hipótesis no se podría objetar el hecho de que simultáneamente el juez, enfrentado a dos situaciones sustancialmente idénticas, fallase de distinta manera”. Sentencia T-123 de 1995.

¹⁸ Cfr. Por ejemplo, entre muchas otras, las Sentencias C-131 y C-486 de 1993. Esta doctrina se ha consolidado y reiterado en importantes sentencias más recientes como la C-836 de 2001, en la que se puede leer: “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”.

¹⁹ *Ibidem*.

Por tanto, la sujeción del juez es a todo el ordenamiento jurídico y dentro de este, como es evidente, se encuentra la jurisprudencia, junto a otras fuentes del derecho, como la costumbre, las convenciones colectivas, los tratados internacionales, etc., cuya fuerza vinculante nadie pondría en tela de juicio. La sujeción del juez en exclusiva a la ley en sentido formal, de ningún modo podría ser concordante con los postulados del Estado Constitucional.

Hasta aquí todo muy bien. Lo que sin embargo no parece muy claro, como Alexei Julio Estrada advierte con agudeza, es en qué sentido debe comprenderse la expresión “criterio auxiliar” que se encuentra en el mismo artículo 230 de la Constitución, y, más aún, si es posible entender esta expresión en alguna acepción que sea compatible con la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia. Debe reconocerse que el significado más coloquial y común de la expresión “criterio auxiliar”, es discordante con dicha atribución de fuerza vinculante. En palabras de López Medina, de acuerdo con este significado más común, que fue utilizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-083 de 1995,

los precedentes judiciales son tan sólo guías ilustrativas y optativas de la actividad judicial y (...) no es posible argumentar un quebranto del sistema de derecho si un juez dado, en un caso concreto analogizable, se niega a seguir otra decisión similar decidida por él mismo, por un superior jerárquico o incluso por la propia Corte Constitucional²⁰.

22 Si así se entendiera concepto de “criterio auxiliar”, entonces la jurisprudencia tendría sólo un valor indicativo, el de un buen consejo pero no el de una obligación jurídica. Dadas estas circunstancias, surge el interrogante de si esta definición más coloquial y común de “criterio auxiliar”, es una definición constitucionalmente adecuada. Si lo fuera, entonces la tesis escéptica triunfaría sin más reparos sobre la tesis optimista, pues de ninguna manera podría atribuirse fuerza vinculante a la jurisprudencia, en contra del texto de la propia Constitución. Por ello, uno de los principales retos a los que se enfrenta la tesis optimista es la construcción de un concepto de “criterio auxiliar” que sea constitucionalmente adecuado, es decir, coherente con la interpretación de la expresión “imperio de la ley” que venimos de explicar y con la imagen del sistema de fuentes del derecho diseñado por la Constitución, y que además sea compatible con la posibilidad de que la

²⁰ Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Op. Cit., p. 23.

jurisprudencia tenga fuerza vinculante. Este es uno de los propósitos más importantes de la segunda parte de este artículo.

Segunda parte: La tesis optimista

A diferencia de la tesis pesimista, la tesis optimista considera plausible, e incluso necesario, atribuir fuerza vinculante a la jurisprudencia en el sistema jurídico colombiano. Es bien posible formular algunos reparos a esta tesis (I) que, sin embargo, puede responder a ellos con solvencia y proponer un planteamiento que se adecua más a nuestra Constitución que la tesis pesimista (II). Este planteamiento incluye una fundamentación plausible de la tesis optimista.

I Los problemas de la tesis optimista

La tesis optimista se enfrenta a dos tipos de problemas: teóricos y prácticos.

Problemas teóricos

Es posible objetar que la tesis optimista no toma en cuenta los argumentos que hablan en contra de la atribución de la fuerza vinculante a la jurisprudencia. Los argumentos más representativos, en contra de la tesis optimista y que respaldan la tesis pesimista, son los siguientes²¹. Entre estos argumentos existe un nexo conceptual.

1. Es bien cierto que el otorgamiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia redundaría en la coherencia del ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta ganancia se paga con el altísimo costo de impedir la evolución y el cambio de la jurisprudencia, bien sea para amoldarse a las vicisitudes que sobrevengan en la realidad social o para corregir los errores interpretativos del pasado.

Frente a esta crítica cabe decir que, antes que una objeción, lo que plantea es un desafío a la tesis optimista. Una tesis que impidiera cualquier posibilidad de evolución y cambio de la jurisprudencia estaría llamada sin vacilación al más estrepitoso de los fracasos. Es por ello que aún los adalides de las tesis más radicales en cuanto a la fuerza vinculante, admiten la po-

²¹ Cfr. Sobre estos argumentos, por ejemplo, Theodore M. Benditt, "The Rule of Precedent", loc. lit.

sibilidad de inaplicar un precedente anterior en un determinado caso nuevo, cuando las propiedades de éste son distintas (*distinguish*), o incluso, admiten la posibilidad de cambiar los precedentes (*overruling*). Por lo tanto, el desafío consiste más bien en postular una doctrina de la inaplicación del precedente anterior y del cambio de precedente, que sea constitucionalmente adecuada. El éxito de la tesis optimista depende en gran medida de ello.

2. El segundo reparo contra la tesis optimista tiene también una conexión con el anterior. La objeción reconoce que la fuerza vinculante de la jurisprudencia es una estrategia para hacer efectivos los principios de igualdad y universalidad. No obstante, enfatiza que del propio principio de igualdad también se sigue que, en ocasiones, para corregir un error interpretativo resulta imprescindible tratar de modo diferente dos casos idénticos. Asimismo, postula que a veces es necesario tratar diferente dos casos similares, porque, si bien ellos comparten algunas propiedades, la *ratio decidendi* tiene que ver con una propiedad que se presenta sólo en uno de ellos, o se presenta de distinta manera en ambos.

Es palmario que esta segunda objeción reenvía al mismo desafío que el primer reparo propone a la tesis optimista: la construcción de una doctrina adecuada sobre la inaplicación y el cambio de precedente.

3. Al mismo desafío reconduce la tercera crítica, según la cual, la búsqueda de la estabilidad del sistema jurídico no puede ser el único objetivo de la articulación de la jurisprudencia como fuente de derecho. Junto a la estabilidad, también es necesario garantizar la flexibilidad del sistema. La flexibilidad, así como el valor de la justicia material que en este aspecto – como casi siempre – se contrapone a la seguridad jurídica, también dependería de la posibilidad de cambio de la jurisprudencia.

4. Por último, se intenta desacreditar la preocupación por reducir el ámbito de discrecionalidad del juez inferior, que propugna la tesis optimista, con el argumento de que este ámbito debe mantenerse, si se quiere que todos los jueces puedan contribuir a la actualización del derecho. Si el juez inferior y posterior debe estar sujeto a lo decidido tiempo atrás por el juez superior, entonces el derecho corre el riesgo de petrificarse.

Como es evidente, esta última crítica remite también al desafío de construir una doctrina del *distinguish* y el *overruling*, que deje a salvo la posibilidad de que el juez inferior y posterior pueda proponer nuevas interpretaciones dentro del sistema jurisprudencial.

Problemas prácticos

Los problemas prácticos que suscita la tesis optimista se refieren a ciertas características de nuestra realidad y de nuestra institucionalidad, que harían inviable la aceptación y la operatividad de la tesis optimista. Los principales problemas prácticos son los siguientes:

1. La inexistencia de una única jurisdicción en donde se reconozca la superioridad jerárquica de una sola corte. En Colombia, por el contrario, y a partir de lo establecido por la Constitución, existiría una pluralidad de jurisdicciones (la jurisdicción ordinaria – art. 234 y 235 C.P. -, la jurisdicción contencioso administrativa – art. 236 a 238 C. P., la jurisdicción constitucional – art. 239 a 245 C. P. -, las jurisdicciones especiales – art. 246 a 248 C. P., además de la Fiscalía General de la Nación – art. 249 a 253 C. P. – y el Consejo Superior de la Judicatura – art. 254 a 256 C. P.), sin que pueda reconocerse una jerarquía entre ellas. Si se atiende sólo al sentido de las disposiciones constitucionales que las regulan, a primera vista puede pensarse que la Constitución las establece como jurisdicciones independientes que se sitúan en un mismo nivel jerárquico. Sin lugar a dudas, el Consejo Superior de la Judicatura tendría una prelación, pero únicamente en el plano administrativo, como “administrador de la carrera judicial” e instancia que dirime “los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones” (art. 256 C.P.). Pero, aparentemente, la Constitución nada parece decir sobre la jerarquía en el plano jurisdiccional, es decir, en cuanto a la interpretación del ordenamiento jurídico. De este modo, en Colombia no habría una única Corte Suprema. La Corte Suprema de Justicia lo sería sólo en los asuntos de la jurisdicción ordinaria y las demás cortes en los ámbitos de sus competencias. A pesar de ello, no puede descartarse que existan intersecciones entre estos ámbitos, sobre todo entre la competencia de la Corte Constitucional – señaladamente por la vía de la acción de tutela – y las competencias de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y la Constitución no prevé qué jurisprudencia es aquella que está llamada a prevalecer sobre las demás y a adquirir el carácter y la fuerza vinculante de precedente.

2. El segundo problema práctico consiste en la carencia de un sistema exhaustivo de compilaciones jurisprudenciales, mediante el cual se divulgue no sólo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de las demás altas cortes, sino las sentencias de todos los jueces. No cabe esperar que el Estado se encargue de la onerosa labor de publicar y difundir todas las sentencias. Por lo menos en los países anglosajones, el funcionamiento del

Common Law es tributario de los esfuerzos de los compiladores y comentaristas privados - Blackstone es uno de los más conocidos -, que se ocupan de sistematizar permanentemente el cuerpo de normas que constituyen la jurisprudencia. En Colombia los editores privados apenas comienzan a interesarse por la publicación sistemática de algunos *leading cases* de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

3. El tercer problema práctico es la insuficiencia de la casación y del recurso de súplica ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como mecanismos para controlar la falta de sometimiento de los jueces a la jurisprudencia y la inexistencia de un mecanismo alternativo que garantice el acatamiento de la jurisprudencia constitucional. Es cierto que la interposición de una acción de tutela contra providencias judiciales que no se sometan a la jurisprudencia constitucional se abre como una vía de control, pero de momento su cauce parece ser demasiado restringido.

II. Planteamiento

De todo lo anterior se sigue, que la fundamentación de una tesis optimista acerca de la fuerza vinculante de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano debe comprender por lo menos dos aspectos. En primer lugar, debe explicar por qué es posible identificar en la jurisprudencia los elementos que componen el concepto de fuerza vinculante (1). De esa explicación también se desprende la interpretación del concepto de “criterio auxiliar” del artículo 230 de la Constitución, que debe proponerse como concepto constitucionalmente adecuado, y una propuesta de solución para los problemas prácticos antes mencionados. En segundo término, la fundamentación debe explicar cuáles son las características especiales que este concepto adquiere cuando se predica de la jurisprudencia, en particular aquéllas que se derivan de la necesidad de salvaguardar siempre la posibilidad del *distinguish* y el *overruling* (2).

1. Los elementos de la fuerza vinculante de la jurisprudencia

El concepto de fuerza vinculante es tal vez uno de aquellos que los juristas mencionamos con mayor frecuencia, pero uno de los más evanescentes, de los más difíciles de definir. La dificultad radica en las implicaciones filosóficas que le son relativas y en sus conexiones con otros conceptos fundamentales para el derecho, tales como los de obligación jurídica, deber jurídico o validez jurídica. Aquí desde luego no puede emprenderse una investigación completa sobre este concepto. Nos deberá bastar con avanzar una definición operativa que pueda servir de base para nuestros propósitos concretos.

Nosotros caracterizaremos a la fuerza vinculante como una propiedad de las normas jurídicas, que consiste en atribuir a su destinatario el deber de obedecer o seguir lo prescrito por ellas, so pena de hacerse merecedor de una sanción. Este deber de obediencia que se atribuye al destinatario, es correlativo a un derecho subjetivo, que radica en cabeza de otro individuo (el titular), quien a su vez tiene la competencia para exigir judicialmente del destinatario el cumplimiento de su deber²² y de solicitar que se imponga una sanción en caso de que el deber no se cumpla. Esta definición, de clarísima estirpe kelseniana²³, está compuesta entonces por los siguientes elementos:

- a. La existencia de una norma jurídica que prescribe la realización u omisión de una conducta;
- b. La existencia de un destinatario que tiene el deber jurídico de realizar u omitir dicha conducta;
- c. La existencia de un titular que tiene el derecho subjetivo de exigir judicialmente la realización u omisión de la conducta prescrita por la norma jurídica; y
- d. La existencia de una sanción que debe imponerse al destinatario de la norma jurídica, en caso de que éste no lleve a cabo la conducta debida²⁴.

Si se parte de esta definición, es claro que estos cuatro elementos aparecen en la jurisprudencia de la siguiente manera:

- a. El primer elemento es la existencia de una norma jurídica que prescriba la realización u omisión de una conducta.

²² Sobre la correlación entre derecho subjetivo y deber jurídico: W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamarrá, México, 1997, p. 47 y ss.

²³ Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, traducción de la primera edición, Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 60 y ss; 65 y ss.

²⁴ Desde luego, este concepto de fuerza vinculante es aplicable sólo a las normas jurídicas y no a las normas morales. Asimismo, es evidente que prescinde de elementos referidos claramente a la psicología del sujeto, como aquellos que aluden al papel que las normas jurídicas juegan como razones para la acción. Es bien cierto que los conceptos de fuerza vinculante que toman en cuenta esta dimensión de las normas jurídicas, señaladamente el de Joseph Raz, consiguen describir en un horizonte bien amplio y profundo la forma en que funciona la fuerza vinculante, no sólo como un elemento propio del deber ser, sino como un elemento fáctico, que penetra en la psiquis del individuo y lo motiva en la toma de decisiones. Con todo, aquí no resulta imprescindible discutir ni tomar en cuenta esta dimensión, porque las consideraciones que se desprenden de ella son aplicables a cualquier tipo de razones jurídicas, sin importar su proveniencia. El problema consiste aquí más bien en establecer, si las razones que provienen de la jurisprudencia merecen el calificativo de jurídicas y si es así, en qué medida lo son. Sobre la concepción de Joseph Raz, Cfr. Su libro: *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Sobre este aspecto, parece claro que la parte resolutoria de toda sentencia contiene siempre por lo menos una norma jurídica. Kelsen designa a estas normas jurídicas con el apelativo de normas jurídicas individuales²⁵. De la misma manera lo hace G. H. Von Wright²⁶. Estas normas son el producto de la aplicación, por parte del juez, de las normas generales de la ley o de los actos administrativos a los casos concretos.

Sin embargo, resulta meridiano que no son estas normas las que adquieren relevancia cuando se discute sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Quien invoca esta fuerza vinculante, por lo general apunta a la existencia de ciertas normas en la parte motiva de las sentencias. Estas normas habrían sido fundamentadas y concretadas por el juez para resolver un caso anterior y serían aplicables a casos futuros. Estas normas tendrían por ende un carácter general y no serían entonces normas individuales. En razón de esta circunstancia, la pregunta es, más bien, si existen normas jurídicas generales en la parte motiva de las sentencias, y en caso de que ello fuere así, conviene definir qué clase de normas jurídicas serían.

Es bien posible que la idea de que existan normas jurídicas generales en la parte motiva de las sentencias, suscite de entrada cierta oposición, en un sistema como el nuestro, de indiscutible prosapia continental. Como ya se mencionó, la imagen tradicional del sistema de fuentes del derecho, estructurado a la manera de la construcción escalonada de Merkl, sitúa la creación de las normas jurídicas en los procedimientos decisorios que para el efecto y con esa explícita intención tienen lugar en el seno del Congreso y de la Administración. Desde esta perspectiva, la norma jurídica surge de un procedimiento que tenga como fin explícito su creación y de una autoridad específicamente habilitada para ello. En principio, esta concepción es pues ajena, e incluso opuesta, a la hipótesis de que las normas jurídicas puedan surgir de la actividad jurisdiccional, es decir, de procedimientos ya no decisorios sino argumentativos, que no tienen como fin la creación de normas generales, sino lo correlativo, es decir, su aplicación, y que son desarrollados por una autoridad, el juez, que en principio tampoco tiene competencia para crear normas generales, sino únicamente para aplicarlas a supuestos de hecho muy determinados. Desde este punto de vista, las consideraciones incluidas en la parte motiva de una sentencia serían argumentos que servi-

²⁵ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995, p. 159 y ss.; Id., *Teoría General de las normas*, Trillas, México D.F., 1994, p. 25 y ss; 272 y ss.

²⁶ G. H. Von Wright, *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963, p. 77 y ss.

rían para justificar la parte resolutive, explicaciones del sentido del fallo, pero de ninguna manera, normas. La única norma jurídica que podría aparecer en la parte motiva de una sentencia, sería la norma general de la ley o del acto administrativo que habría de aplicarse al caso concreto. La literalidad de esta norma, simplemente reiterada en la sentencia respectiva, sería la premisa mayor del razonamiento judicial. La premisa menor consistiría en la descripción del caso – el enunciado subjuntivo como lo denomina Hart²⁷ – y la consecuencia del razonamiento sería la decisión contenida en la parte resolutive.

A pesar de lo anterior, conviene observar que algunos desarrollos de la teoría del derecho acuñados en las últimas décadas del Siglo XX, y que han tenido a su vez como base ciertos interesantes planteamientos de la filosofía del lenguaje, han proporcionado argumentos insoslayables que indican que, por razones lingüísticas, el juez está llamado a concretar y fundamentar auténticas normas generales en la parte motiva de sus sentencias o, dicho de otro modo, que la labor de aplicación judicial del derecho va necesariamente aparejada a la creación, también judicial, de normas jurídicas.

Quizás el principal de estos desarrollos fue el esclarecimiento de la distinción entre disposición y norma, que con tan admirable clarividencia expusiera Vezio Crisafulli en una de sus más célebres contribuciones a la *Enciclopedia del Diritto*²⁸. Si las piezas del derecho se contemplan desde la óptica de esta distinción, todos los escalones de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico, o sea, la Constitución, la ley, los actos administrativos, los contratos y las sentencias – en su parte resolutive -, aparecen como un conjunto de disposiciones y no de normas jurídicas. Las fuentes del derecho son disposiciones, en el sentido de textos o enunciados, de los cuales, considerados de manera aislada, nada se deriva. Se trata únicamente de un elenco de signos que por sí mismos no tienen ningún significado. El significado les viene atribuido sólo cuando se interpretan. Ese significado que la interpretación les otorga es un conjunto de normas. Dicho de otro modo, los textos jurídicos son solamente disposiciones, signos que establecen ciertas normas. Estas normas son el significado que se les atribuye, significado que no se confunde con el texto como tal y que surge de la interpretación de la disposición.

²⁷ Cfr. Sobre el concepto de enunciado subjuntivo: H. L. Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1963, pág. 106 y 107. Vid. Una crítica y un ulterior desarrollo del concepto de enunciado subjuntivo de Hart: R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 126 y 137.

²⁸ V. Crisafulli, Voz: “Disposizione (e norma)”, *Enc del dir*, Tomo XIII, 1964, p. 165 y ss.

La norma es entonces la disposición interpretada. De este modo, los mandatos, las prohibiciones, los permisos y las competencias que constituyen el contenido de las normas, no surgen de las disposiciones como tales, del texto de la fuente del derecho, sino de su interpretación²⁹.

Así, por ejemplo, si se piensa en el artículo 11 de la Constitución Política, la disposición: “el derecho a la vida es inviolable”, deberá concluirse que este artículo no es en sí mismo ninguna norma. Más bien, a esta disposición pueden adscribirse diversas normas mediante la interpretación, para así aseverar, entre otras cosas, que este artículo prohíbe al Estado atentar contra la vida, así como también, que le ordena proteger la vida humana contra los atentados que puedan provenir de sujetos privados. Esta prohibición y este mandato serían dos normas adscritas a la disposición del artículo 11 de la Constitución Política, cuando se interpreta, respectivamente, desde las perspectivas del Estado liberal y del Estado Social de Derecho. La interpretación liberal fundamentaría la prohibición dirigida al Estado de atentar contra la vida, prohibición que prescribiría al Estado un deber de abstención. Por su parte, la interpretación en términos del Estado Social fundamentaría el mandato de protección de la vida, dirigido al Estado, y daría lugar a un deber de protección.

De esta distinción entre disposición y norma se siguen varios efectos. El más importante para nuestros fines es que en realidad las normas jurídicas

²⁹La diferencia entre disposición y norma fue reconocida en los siguientes términos por los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero en su aclaración de voto a la Sentencia C-543 de 1996: “En general las expresiones normas legales, enunciados normativos, proposiciones normativas, artículos, disposiciones legales y similares se asumen como sinónimas. Sin embargo, lo cierto es que la teoría jurídica, y en particular la teoría constitucional, distingue con claridad entre, de una parte, los enunciados normativos, esto es, los textos legales y, de otra parte, las normas o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que se desprenden, por la vía de la interpretación, de esos textos. Mientras que el enunciado o el texto es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas o proposiciones normativas son el resultado de la misma. Conforme a lo anterior, para la doctrina es perfectamente claro que un texto o enunciado legal puede contener diversas normas, mientras que una misma norma puede estar contenida en diversos textos o enunciados legislativos, porque la relación entre norma y enunciado normativo no es siempre unívoca. Dos ejemplos de la jurisprudencia de la Corte ilustran con claridad ese fenómeno. Así, en la sentencia C-473/94 esta Corporación consideró que el enunciado normativo según el cual la huelga está prohibida en los servicios públicos esenciales contiene en realidad dos normas o proposiciones jurídicas diferentes, a saber, que la huelga está prohibida en los servicios públicos esenciales y que la huelga también está prohibida en los servicios públicos no esenciales. Igualmente, esta misma Corporación también consideró, en reciente sentencia, que la norma que excluye la audiencia pública en la justicia regional se encontraba en dos enunciados normativos o textos legales diferentes.”

no se encuentran en las fuentes del derecho sino en sus interpretaciones y que las interpretaciones que con autoridad fundamentan y concretan las normas son las que se encuentran en la jurisprudencia, es decir, las que llevan a cabo los jueces en la parte motiva de sus sentencias.

Es bien cierto que en los llamados casos fáciles, es decir, cuando la disposición tiene un sentido unívoco y es claramente aplicable al supuesto *sub judice*, este sentido unívoco y conocido ampliamente en la comunidad, determina casi por completo la interpretación. A tal punto es así, que una interpretación que se aparte del sentido unívoco o lo haga inaplicable al caso, sería incorrecta y no podría dar lugar a normas válidas. Pensemos, por ejemplo, en la segunda frase del citado artículo 11 de la Constitución Política, es decir, la disposición “no habrá pena de muerte”. Imaginemos que la Corte Constitucional se ve avocada a aplicar esta disposición en el control de constitucionalidad de una ley hipotética, que impone la pena de fusilamiento para el delito de secuestro. Se trataría de un caso fácil, pues el consenso, o incluso la unanimidad, respaldaría la afirmación de que a esta disposición debe adscribirse una norma que prohíbe la pena de muerte y, por otra parte, la afirmación de que el fusilamiento es un supuesto clarísimo de pena de muerte. De esta manera, la única interpretación correcta de esta disposición, considerada aisladamente, daría lugar a la norma según la cual la Constitución prohíbe la pena de fusilamiento. Por efecto de la aplicación de esta norma, la Corte Constitucional tendría que declarar la inconstitucionalidad de la ley *sub examine*.

En casos tan claros como éste, la disposición determina por entero o casi por entero la interpretación, es decir, la norma. Por ello, solamente la interpretación o las interpretaciones que correspondan a lo determinado por la disposición y por el sentido unívoco que se les atribuye en la comunidad, podrían considerarse correctas. Paralelamente, sólo las normas provenientes de estas interpretaciones correctas podrían tenerse por normas válidas. De esto también se deduciría que, como quiera que la disposición y su interpretación indudable con las reglas conocidas por la comunidad, han determinado por entero la interpretación, la validez de las normas resultantes se fundamenta sobre todo en la existencia de la disposición de acuerdo con el ordenamiento jurídico, es decir, si se acogen los planteamientos de Kelsen, en el hecho de que la disposición haya sido proferida por la autoridad competente y por el procedimiento previsto en la norma superior. También, como corolario, puede destacarse que en los casos fáciles la actividad creativa del juez se reduce al mínimo. Su papel consiste únicamente en declarar el significado unívoco de la disposición y su aplicabilidad indiscutible al caso concreto. Por ello, la fuerza vinculante de la jurisprudencia se

opaca tras la fuerza vinculante que se imputa a las normas claramente adscritas a las disposiciones de la Constitución o de la Ley. El nexo entre disposición y norma es tan estrecho en los casos claros, que la tarea de intermediación que cumple la jurisprudencia se transparenta y la fuerza vinculante tiende a otorgarse directamente a la disposición, a pesar de que, como es apenas obvio, le debe corresponder a la norma.

No obstante, este panorama cambia radicalmente en los casos difíciles. Por casos difíciles entendemos aquí aquellos en los que la disposición es indeterminada³⁰ y por ello, ni su significado es unívoco, ni su aplicabilidad al caso concreto es aceptable por consenso o unanimidad. En los casos difíciles, entre las circunstancias del caso y la disposición, media una gran distancia que sólo puede acortarse por una norma que tenga relación con el caso y que se pueda fundamentar en la disposición que se encuentra en las fuentes formales del derecho. La jurisprudencia se encarga de fundamentar y concretar dichas normas, que reciben la denominación de normas adscritas, porque se adscriben a las disposiciones existentes en las fuentes jurídicas³¹. Esas normas vinculan a los destinatarios del derecho y son las que confieren, por tanto, fuerza vinculante a la jurisprudencia. Al aparecer en las sentencias de los jueces, tribunales y cortes, ellas explicitan las específicas prohibiciones, los mandatos, los permisos o las competencias que se adscriben a las fuentes formales del derecho y que antes sólo existían como hipótesis interpretativas. Así, por ejemplo, la idea de que en el ordenamiento jurídico colombiano está ordenado reconocer a los niños de cuatro años el derecho a la determinación de su propia imagen, como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, era sólo una hipótesis interpretativa hasta antes de la Sentencia SU-642 de 1998. El artículo 16 de la Constitución no establece por sí mismo nada a favor ni en contra de esta hipótesis, únicamente abre la posibilidad. Por esta razón, fue necesario que la Corte Constitucional, en dicha sentencia, fundamentara una norma adscrita a dicha disposición, que explicitara que su contenido abarca a los niños de cuatro años y comprende también el derecho a decidir acerca de su propia imagen.

La existencia de las normas adscritas y su fuerza vinculante ha sido de sobra reconocida en el derecho colombiano. Sin embargo, tanto la mejor doctrina como la jurisprudencia³² se refieren a ellas con la denominación de

³⁰ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 132 y ss.

³¹ Cfr. Sobre el concepto de normas adscritas y sus características como norma: *Ibidem*, p. 108 y ss.

³² Cfr. Las Sentencias de la Corte Constitucional: T-137 de 2003, T-250 de 2002, T-1091 de 2002, T-1022 de 2002, C-580 de 2002, T-340 de 2002, T-1343 de 2001, T-450 de 2001, T-1547 de 2000, T-1514 de 2000, T-784 de 2000, T-606 de 1997, T-438 de 1996.

subreglas³³. Con todo, esta denominación no parece demasiado aconsejable. Por una parte, es bien cierto que las normas adscritas tienen por lo general el carácter de *reglas* – según se entiende este concepto en la teoría jurídica actual³⁴ –. Sin embargo, en ocasiones una norma adscrita también puede funcionar a la manera de los principios. Además, la denominación de “*subregla*” puede llevar a pensar equivocadamente que las normas adscritas son reglas de inferior categoría o reglas implícitas en otras reglas. Esta interpretación es desatinada, porque las normas adscritas, al ser concreciones de las disposiciones constitucionales o legales, tienen también rango constitucional o legal, según el caso. De ninguna manera son reglas de inferior jerarquía a la fuente del derecho en la que se encuentra la disposición a la que se adscriben.

En todo caso, a pesar de la denominación de subreglas, lo que sí resulta meridiano es el reconocimiento que merecen las normas adscritas como normas de la jurisprudencia, cuya pertenencia al sistema jurídico no se basa sólo en la autoridad del juez que las fundamenta y concreta, sino sobre todo en el nexo semántico interpretativo que las une a la disposición.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior, debe decirse que la existencia de las normas adscritas también permite otorgar a la expresión “criterio auxiliar” un sentido constitucionalmente adecuado, que además sea compatible con la fuerza vinculante de la jurisprudencia y con la idea de que ésta es una fuente del derecho que se incluye dentro del “imperio de la ley” al que está sujeto el juez, de acuerdo con el artículo 230 de la Constitución. La jurisprudencia es un “criterio auxiliar” en el sentido de que, cuando las disposiciones de la Constitución y de las demás fuentes formales del derecho no tienen un sentido unívoco, que sea capaz de eliminar toda indeterminación, la jurisprudencia auxilia al entendimiento pleno del sentido de dichas fuentes formales, pues en ella se encuentran las normas adscritas que expresan su significado en sentido prescriptivo. El auxilio o la contribución de la jurisprudencia al proceso interpretativo es entonces claro e indeclinable: coadyuva al entendimiento pleno del sentido jurídico, el contenido y el alcance de las disposiciones que conforman el universo de las fuentes del derecho³⁵.

³³ Cfr. Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Op. Cit., p. 1 y ss., p. 89 y ss. Asimismo, Id y Roberto Gordillo, “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, núm. 15, 2002, p. 9.

³⁴ Véase sobre el carácter de reglas que las normas adscritas tienen en general: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., Capítulo VI, II, 3.2.3

³⁵ Cfr. En este sentido la Sentencia C-836 de 2001: “La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y el alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución.”

b. La existencia de un destinatario que tiene el deber jurídico de realizar u omitir dicha conducta

Ahora bien, en segundo lugar es preciso señalar que las normas adscritas vinculan a sus destinatarios. Por una parte, vinculan a todos los sujetos del derecho - en especial a los jueces inferiores (vinculación vertical del precedente), cuando se trata de normas adscritas concretadas por las altas cortes – porque son la “interpretación” respaldada con la autoridad del juez, de las disposiciones que se encuentran en las fuentes del derecho. En este sentido, dichas normas gozan de la misma fuerza vinculante de las disposiciones, y se proyectan en todo su ámbito normativo material, personal, temporal y especial.

Sin embargo, por otra parte, las normas adscritas concretadas por las altas cortes también resultan vinculantes en cierto sentido para ellas mismas. Por una parte, estas normas constituyen la premisa mayor de la fundamentación interna de toda sentencia. Por esta razón, las altas cortes deben decidir los casos concretos de acuerdo con las normas adscritas que fundamenten y concreten para el efecto. Se trata de un requisito de coherencia que se predica de toda sentencia. Una sentencia sería incoherente, si la decisión contenida en el fallo no se derivara de la norma adscrita que la respectiva corte haya concretado previamente en las consideraciones de la misma. La incoherencia se suscitaría porque la fundamentación invocada en la sentencia no constituiría el fundamento del fallo, porque éste no se derivaría de las premisas que se invocan para sustentarlo.

34 Junto a este efecto de vinculación, cabe mencionar asimismo que las normas adscritas resultan también vinculantes para las altas cortes hacia el futuro, aunque con un carácter *sui generis*. El carácter *sui generis* se debe a que las cortes tienen siempre competencia para modificar su propia jurisprudencia y, como es bien sabido, ningún sujeto puede considerarse vinculado por una norma, en el estricto sentido de la expresión, cuando tiene la posibilidad de modificarla. Con todo, es preciso tener en cuenta que, como más adelante veremos, la modificación de las normas adscritas está sujeta al cumplimiento de algunas estrictas exigencias. La necesidad de cumplir estas exigencias es lo que vincula a las altas cortes a sus decisiones pasadas.

c. La existencia de un titular que tiene el derecho subjetivo de exigir judicialmente la realización u omisión de la conducta prescrita por la norma jurídica

La tercera exigencia de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, es que exista un titular que tenga el derecho subjetivo de exigir judicialmente la realización de la conducta prescrita por las normas adscritas que se concretan en las decisiones

anteriores de los jueces. Como puede verse, en la definición de esta exigencia aparecen 5 elementos: (1) el titular del derecho subjetivo, (2) el propio derecho subjetivo, (3) la posibilidad de exigencia judicial, (4) la conducta prescrita y (5) la norma adscrita.

Los dos últimos elementos, es decir (4) y (5), ya han sido explicados atrás, cuando nos hemos referido al concepto de la norma adscrita. Ahora bien, el primer elemento, o sea, el titular (1), es cualquier individuo que invoca la aplicación del sistema de fuentes formales del derecho. Como antes se mencionó, este sistema no sólo está compuesto por las disposiciones, sino también por todo el conjunto de normas adscritas a dichas disposiciones, muchas de las cuales – si no las más importantes – se concretan y fundamentan en la Jurisprudencia.

En lo que concierne al segundo elemento, la existencia de un derecho subjetivo (2), debe decirse que este derecho tiene la estructura de una relación triádica entre el titular (t), es decir, todo individuo que invoca la aplicación del sistema de fuentes formales del derecho; el objeto (o), es decir la conducta exigida por la norma adscrita y un destinatario (d) que, en el caso de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, es el juez posterior que debe aplicar la norma adscrita concretada en las sentencias anteriores.

Si se observa con agudeza el alcance de los elementos del concepto de fuerza vinculante, se concluirá que sólo el que aún no hemos analizado, o sea, el tercero de ellos, es el que presenta algunas dificultades, no imposibles de superar – dicho sea de paso -, en el ordenamiento jurídico colombiano. Este elemento es la posibilidad de exigir judicialmente el respeto de la jurisprudencia. Sobre este aspecto, conviene hacer algunas precisiones.

Sea lo primero señalar que la posibilidad de controlar judicialmente la observancia de la jurisprudencia, se acepta sin reparos en ciertas áreas. De hecho, este control constituye una de las finalidades del recurso extraordinario de casación, mediante el cual la Corte Suprema de Justicia examina el respeto de los tribunales y jueces ordinarios hacia la ley, de la forma en que ella la ha interpretado en sus sentencias. De una forma análoga, en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, el recurso de súplica representa un instrumento idóneo para que el Consejo de Estado pueda verificar que los tribunales administrativos acatan su jurisprudencia.

Por eso, en nuestro ordenamiento jurídico el problema se centra en el control del respeto a la jurisprudencia constitucional por parte de los jueces ordinarios. La articulación procesal y material de este control es tal vez el nudo gordiano de las

relaciones entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, que tantas polémicas han suscitado en la Europa de la segunda posguerra – evoquemos, por ejemplo, la conocida guerra de las dos cortes en Italia – y que han motivado a la doctrina a idear distintos sistemas para articular los márgenes de acción de estas jurisdicciones³⁶. Colombia no escapa a esta necesidad, a la que aún no se ha dado una solución teórica ni jurisprudencial satisfactoria.

Cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico, tal como está articulado el sistema control de constitucionalidad, el control del acatamiento de la jurisprudencia constitucional por parte de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, no puede hacerse sino por la vía de la tutela contra providencias judiciales. Nuestro sistema no contempla un recurso como el amparo español³⁷ o la *Verfassungsbeschwerde* de Alemania³⁸, mediante el cual, a modo de super-casación, el Tribunal Constitucional puede evaluar si los jueces ordinarios, y sobre todo el Tribunal Supremo, ha aplicado su jurisprudencia en un caso en el que se discute sobre la vulneración de los derechos fundamentales por la acción de la jurisdicción ordinaria. En el caso español, este mecanismo de protección de los derechos fundamentales se ha convertido en una auténtica vía de control de toda la jurisprudencia constitucional, especialmente por las posibilidades semánticas del artículo 24.1 de la Constitución, que contempla el derecho fundamental a “obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. La jurisprudencia ha considerado que la “tutela efectiva”, parangonable con el debido proceso del artículo 29 de nuestra constitución, implica la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, uno de cuyos pilares es la jurisprudencia constitucional.

Por otra parte, en nuestro sistema constitucional tampoco existe un mecanismo como la cuestión de inconstitucionalidad, que en Italia y en la Unión Europea (allí se llama cuestión prejudicial y se surte ante el Tribunal de Justicia de las

³⁶ Cfr. Por ejemplo, sobre el caso español: Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; Sobre el caso alemán: Ch. Starck, “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, *REDC*, núm. 53, 1998, pág. 11 y sig. Cfr. Para una reconstrucción teórica de estos márgenes de acción: Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario – jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en Id., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, núm. 28, 2003, p. 41 – 92.

³⁷ Cfr. Sobre la naturaleza de este recurso y sus diferencias con la acción de tutela: N. Osuna, *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

³⁸ Cfr. Sobre la naturaleza de este recurso, el tomo monográfico: AAVV (H. Bogs Edt.), *Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht*, Nomos, Baden – Baden, 1999.

Comunidades Europeas) permite el control del respeto de la jurisprudencia constitucional por parte de la jurisdicción ordinaria³⁹. El artículo 24 del Decreto 2067 de 2001 preveía un mecanismo de esta estirpe, pero la Corte Constitucional, en sentencia de 25 de marzo de 1993, lo declaró inexecutable por ser ajeno a las previsiones de nuestra Constitución.

En estas circunstancias, y como quiera que la Corte Constitucional tampoco es la Corte Suprema de la jurisdicción ordinaria – como en Estado Unidos y Argentina – y que el control abstracto de normas por la vía de la acción de inconstitucionalidad tampoco parece ser el mecanismo idóneo para controlar la sujeción de los jueces ordinarios a la jurisprudencia constitucional, el único camino restante es la tutela contra providencias judiciales. Con todo, es bien sabido que este camino no se encuentra allanado por completo para este fin. A nadie son desconocidas las reticencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado para acatar los fallos de tutela de la Corte Constitucional, mediante los cuales esta alta Corte ha anulado sentencias de casación o sentencias de segunda instancia de la jurisdicción contencioso administrativa. Además de los argumentos teóricos cuya invocación se esperaría (la pretendida mengua en la seguridad jurídica, distorsión de la corrección funcional, vulneración de la cosa juzgada), las reticencias se motivan en la dificultad de reconocer que, de una u otra forma, y con las salvedades que imponen a la Corte Constitucional el estricto ejercicio de una actitud de autorrestricción, en todo sistema en donde existe una jurisdicción constitucional, la Corte Suprema de Justicia deja de ser el órgano cúspide de la jurisdicción y la Corte Constitucional pasa a ocupar ese lugar. La superioridad jerárquica de la Constitución sobre la ley entraña también la superioridad del intérprete de la Constitución sobre el intérprete de la ley. Como consecuencia, la Corte Suprema sigue siendo la cúspide de su jurisdicción en aspectos de mera legalidad, así como el Consejo de Estado continúa siéndolo también en los aspectos de mera legalidad que conciernen a sus competencias. Sin embargo, siempre que se trate de adecuar la interpretación de la ley a la Constitución o a la jurisprudencia constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado dejan de ser los órganos cúspides, los órganos de cierre. En estos asuntos, la Corte Constitucional se convierte en el órgano de cierre, en la Corte con mayor supremacía, en la Corte Suprema.

Esto no quiere decir, desde luego, que sea legítimo que la Corte Constitucional suplante y ejerza las funciones de interpretación de la ley y de valoración de

³⁹ Cfr. Por ejemplo: A. Pizzorusso, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quad cos, anno II*, núm 3, diciembre di 1982, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988.

las pruebas que llevan a cabo la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Frente a estos dos tópicos, la Corte Constitucional debe atenerse siempre a lo que decidan estas dos últimas. Su labor más bien consiste en verificar si la ley interpretada de la forma en que lo han hecho estos altos Tribunales es compatible o no con la Constitución y si la valoración de las pruebas respeta las reglas básicas del derecho fundamental al debido proceso.

Ahora bien, ni qué decir que la medida con la que se lleva a cabo este control de constitucionalidad no está compuesto únicamente por las disposiciones lapidarias de la Constitución, en especial, las que definen el debido proceso en el artículo 29. Las normas adscritas a estas disposiciones por la jurisprudencia constitucional también integran este raser. Por ello, el control constitucional de la interpretación de la ley, y en general del derecho ordinario, y de la apreciación de las pruebas, implica asimismo el control de la sujeción de los jueces, tribunales y cortes ordinarios a la jurisprudencia constitucional.

Con todo, las reticencias de la Corte Suprema y del Consejo de Estado consiguieron hacer mella incluso en la propia Corte Constitucional, quien -como lo analiza Catalina Botero en un artículo publicado en el número anterior de *Precedente*⁴⁰, después de hacer afirmaciones grandilocuentes sobre la potencialidad de la tutela contra sentencias en una primera época⁴¹, desanduvo lo recorrido en la Sentencia C-543 de 1992, a partir de la cual se eliminó la virtualidad general de este mecanismo y se redujo a los casos de “vías de hecho judiciales”. Como ilustra el análisis jurisprudencial de Catalina Botero, y a pesar de las encomiables solicitudes de la Corte por andar lo desandado, esta reducida tutela contra sentencias no es un mecanismo abierto y suficiente para el control de la sujeción de los jueces ordinarios a la jurisprudencia constitucional. Sus supuestos y exigencias de procedibilidad⁴² lo limitan en buena parte para este fin, que antes que nocivo, resulta necesario en cualquier Estado Constitucional. A pesar de todo, dichos supuestos y exigencias facilitan el control de la jurisprudencia en los casos más flagrantes de vulneración – en los exabruptos, por así decirlo – y animan a intentar estrategias interpretativas para que este control se ejerza en los casos de violación no evidente, pero reconducible de algún modo a las hipótesis admitidas.

⁴⁰ Catalina Botero Marino, “Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Precedente*, anuario jurídico 2002, especialmente las p. 28 y ss.

⁴¹ Señaladamente en la Sentencia T-006 de 1992.

⁴² Catalina Botero Marino, “Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Op. Cit.*, p. 33 y ss.

La situación ideal, empero, es la de un control abierto y amplio de la sujeción de los jueces ordinarios a la jurisprudencia constitucional, que esté acompañado por reglas claras de autorrestricción de la Corte Constitucional y de un procedimiento específico que permita salvaguardar la seguridad jurídica y el principio de la cosa juzgada. En este procedimiento, también debe dejarse claro el último de los aspectos del concepto de fuerza vinculante (d), es decir, la sanción que se impondría a la sentencia ordinaria que no acatara la jurisprudencia constitucional. Desde luego, la nulidad aparece como primera opción. Sin embargo, esta nulidad constitucional debe configurarse de modo que impida la intromisión de la jurisdicción constitucional en la órbita de la jurisdicción ordinaria. No cabe duda de que la Corte Constitucional debe tener competencia para anular una sentencia de casación o del Consejo de Estado que vulnere la Constitución o la jurisprudencia constitucional. Pero esta competencia no puede dar lugar a que la alta Corte además valore las pruebas e interprete la ley para resolver el caso concreto.

El diseño de un procedimiento semejante ha de esperar otra ocasión. De momento, debemos ocuparnos del último aspecto: las particularidades de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, no sin antes mencionar que el acatamiento de la jurisprudencia constitucional por los jueces ordinarios, también supone el esfuerzo del Estado y de la comunidad jurídica en general de difundir y sistematizar el cuerpo de sentencias de la Corte Constitucional. El conocimiento sistemático de la jurisprudencia es una exigencia *sine qua non* para su aplicación, pues no puede aplicarse algo que no se conoce, algo sobre lo que no se tiene certeza.

II. Particularidades de la fuerza vinculante de la jurisprudencia

La Corte Constitucional ha tenido ocasión de ocuparse de las particularidades de la fuerza vinculante de la jurisprudencia en su Sentencia C-836 de 2001. En esta sentencia, que ha dado lugar a interesantes reacciones que encomian y rebaten sus argumentos⁴³, se trataba de controlar la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, según el cual:

Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

⁴³ Cfr. Por ejemplo: Felipe Vallejo García, “La seriedad de los jueces”, en: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 320, Bogotá, mayo de 2002, p. vii y ss.

En la parte resolutive, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta disposición, pero la sometió a la condición de:

que 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 aquélla, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justificaban su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia.

De este modo, la Corte Constitucional ratificó la tesis según la cual la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene fuerza vinculante para los demás jueces ordinarios. Es tanto así, que si estos quieren apartarse de la doctrina probable dictada por la alta Corte, “están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”. Esta tesis, que por analogía se aplica a las demás jurisdicciones – incluyendo a la jurisdicción constitucional en materia de tutela y en general, de interpretación de la Constitución – explicita la primera particularidad de la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Esta particularidad consiste en que el juez destinatario de la norma adscrita (que recordemos puede ser el juez inferior o la propia alta corte) puede apartarse de ella, siempre y cuando fundamente esta conducta en argumentos que conciten plausibilidad general. En otras palabras, el juez posterior tiene el deber de cumplir lo previsto en las normas adscritas o tiene una carga de argumentación que necesariamente debe desplegar para poder apartarse del precedente.

40 Debe reconocerse que esta particularidad de la fuerza vinculante de la jurisprudencia es análoga a la característica con la que la excepción de constitucionalidad reviste a la fuerza vinculante de la ley. Por lo general, está ordenado a los particulares obedecer la ley y a los operadores jurídicos está ordenado aplicarla. No obstante, el operador jurídico debe dejar de aplicar la ley y aplicar la Constitución, “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley”. Si se presenta esta hipótesis, el operador jurídico tendrá la carga de exponer una argumentación plausible que demuestre la incompatibilidad entre la ley y la Constitución, o, dicho de otra manera más simple, la inconstitucionalidad de la ley.

Ahora bien, la carga que pesa sobre el juez posterior que se quiera apartar de la jurisprudencia de las altas cortes, no es la de fundamentar la inconstitucionalidad de la ley, sino, como la Corte lo dejó plasmado en los numerales 14 a 24 de la Sentencia C-836 del 2001, la de fundamentar que debe apartarse de la jurisprudencia, porque ocurre uno de los siguientes supuestos, que constituyen la doctrina de la inaplicación del precedente anterior y del

cambio de precedente, válida en el derecho colombiano:

1. Que, a pesar de que existen similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente por una alta corte, “existen diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos”⁴⁴. Como sostiene la Corte Constitucional, en un pasaje que merece ser citado a pesar de su extensión:

a contrario sensu, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados detalladamente, tengan un término de comparación – *tertium comparationis* – que permita asimilarlos en algún aspecto. En esta medida, resulta adecuado que el juez emplee criterios de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables y solamente en la medida en que lo sean. En este caso, el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar por qué, a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar. Tanto en una como en otra hipótesis, los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho⁴⁵.

De esta manera la Corte Constitucional contempla la posibilidad de que en Colombia se aplique la idea del *distinguish*, es decir, de que el juez pueda inaplicar la jurisprudencia a un determinado caso posterior, cuando considere que las diferencias relevantes que median entre este segundo caso y el primer caso en que se estableció la jurisprudencia, exigen otorgar al segundo una solución diferente. Como es evidente en la lectura del pasaje, la Corte no determina cuándo las diferencias con “reales” o sólo “aparentes”. Expresado de otra forma, la Corte no esboza los criterios de los que el intérprete puede valerse para distinguir u homologar dos casos similares. Como es bien sabido, este es uno de los problemas teóricos más interesantes que se plantean, no sólo frente a la duda del tratamiento igual o diferente de casos, sino, en general, frente a la aplicación del principio de igualdad. Aquí no podemos profundizar en este aspecto⁴⁶. Baste señalar que la Corte acierta al indicar que la similitud o

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ Cfr. Carlos Bernal Pulido, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en AAVV, *Actas del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

diferencia decisiva debe ser *jurídicamente relevante*, es decir, debe referirse a la *ratio decidendi* o norma adscrita del primer caso. El tratamiento debe ser igual, si la *ratio decidendi* o norma adscrita del primer caso puede aplicarse al segundo, porque éste puede subsumirse bajo el supuesto de hecho de aquella *ratio* o norma. Si esta subsunción no es posible o si la *ratio decidendi* del segundo caso es distinta, el juez deberá apartarse de la norma adscrita del primer caso y fundamentar una nueva para el segundo o introducir una excepción a la norma adscrita del primero.

2. El segundo supuesto en que, de acuerdo con la Corte Constitucional, es posible apartarse de la jurisprudencia, se presenta cuando ésta “habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior”. La alta Corte sostiene que en este supuesto, el juez posterior debe considerar que la jurisprudencia es “errónea”. Si se quiere conservar esta terminología, deberá hablarse de un error de idoneidad. Este tipo de error se presenta, porque los efectos fácticos (E) que la norma adscrita (N) generó al regular la situación (S) en el momento histórico (1), ya no se producirían en el momento histórico (2), pues, por variación de las circunstancias, la aplicación de (N) a (S) ya no conduce a (E), sino a otros efectos fácticos (E’). En este caso, la carga de argumentación del juez es una carga de argumentación fáctica que debe demostrar que dadas las circunstancias (S), en el tiempo (2), la aplicación de (N) no conduce a (E), sino a (E’). Si el juez puede demostrar esta afirmación, estará legitimado para llevar a cabo un *overruling* de la jurisprudencia anterior.

3. El tercer supuesto es análogo al anterior. En este caso, el juez “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”. Como bien sostiene la Corte Constitucional, “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”. Este sería un segundo tipo de jurisprudencia “errónea”. El error en este caso sería de tipo “axiológico”. Observada desde la red coherente en que consiste el ordenamiento jurídico, la decisión jurisprudencial se considera “incorrecta” o “injusta” desde el punto de vista material, pues responde a valores predominantes en un momento histórico anterior.

Es bien sabido que esta causal es el motor principal de evolución de la jurisprudencia, y en general del derecho. Por citar un ejemplo, se puede evocar decisiones como el famoso caso *Brown vs. Board Education*, o como aquéllas que impregnaron el derecho privado norteamericano de la doctrina de la igualdad entre negros y blancos⁴⁷, como paradigmas de cambios jurisprudenciales motivados en la variación de los valores predominantes en la sociedad. Cuando el juez

invoca esta causal, debe demostrar la incompatibilidad axiológica entre la norma adscrita relevante y el contenido de los derechos fundamentales y principios básicos que rigen el ordenamiento jurídico en el momento histórico del nuevo caso.

4. Por último, el juez posterior también puede apartarse de la jurisprudencia, “por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante”. Es apenas obvio que si varía la disposición deben variar las normas adscritas. En este cuarto supuesto, la carga argumentativa del juez posterior debe demostrar que la norma (N1) adscrita a la disposición (D1), ya no puede adscribirse a la disposición (D2), porque, dentro del campo semántico de esta última, ya no puede incluirse la norma (N1), sino la norma (N2). De este modo, estará justificado que el juez posterior se aparte de (N1) y aplique (N2).

Estos cuatro supuestos pueden ser aplicados tanto por las altas cortes como por los jueces de inferior jerarquía para fundamentar la inaplicación o el cambio en la jurisprudencia anterior. Como es evidente, si el cambio se produce en una alta corte, y se consolida como doctrina probable (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho), será entonces de obligatorio cumplimiento por los jueces de inferior jerarquía. Si, por el contrario, es un juez inferior el que se aparta de la jurisprudencia de la alta corte, ésta podrá avalar o refutar lo argumentado por el juez inferior, mediante los recursos de casación y súplica. Si, muy a diferencia de lo anterior, se trata de la inaplicación de la jurisprudencia constitucional por la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa, será la Corte Constitucional quien deba avalar lo argumentado por el juez ordinario o contencioso-administrativo, mediante la tutela contra sentencias. Para que ello pueda ser de esta manera, es necesario que tarde o temprano se reconozca que la tutela contra sentencias puede ser una vía de comunicación eficaz entre juez ordinario y Corte Constitucional, y que gracias a ella, el juez ordinario puede proponer cambios en la jurisprudencia constitucional y la alta Corte puede disponer de un mecanismo para avalar o rechazar dichos cambios, para que la Constitución y el derecho permanezcan o evolucionen y se pongan cada nuevo día a la altura de los tiempos.

⁴⁷ Cfr. Por ejemplo, Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997. Cfr. Mi reseña de este libro en: Carlos Bernal Pulido, “J. M. Bilbao Ubillos, “Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado””, en *Revista de Derecho del Estado*, No. 4, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, abril de 1997.