

EL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL DERECHO COMPARADO

*María Victoria Parra**

RESUMEN

La autora da cuenta de la manera como la incorporación del precedente judicial, ha supuesto una profunda modificación del sistema tradicional de fuentes del derecho en el país, por un lado y por el otro, indica la transformación que ello supone en materia de administración judicial, en la medida que los jueces pasan de ser meros ejecutores del texto normativo, a integradores de los vacíos del ordenamiento. Finalmente, se hace un recuento de los criterios a los que ha acudido la Corte Constitución, máximo interprete de la Constitución, para armonizar la teoría del precedente judicial con lo dispuesto en el art. 230 de la Ley Fundamental.

ABSTRACT

The author gives an account of how the incorporation of judicial precedent has meant a considerable modification in the traditional system of sources of law in this country on the one hand, and on the other shows the transformation that this implies on the subject of legal administration, as judges move from being mere executors of legal texts to constructors of alternatives in areas without legislation. Finally, a review is made of the criteria to which the Constitutional Court has taken recourse, as the ultimate interpreter of the Constitution, in order to make the theory of judicial precedent compatible with the requirements of art. 230 of Fundamental Law.

* Abogada de la Universidad la Gran Colombia, especialista en derecho penal y criminología en la Universidad Externado de Colombia y en derecho constitucional comparado de las universidades Externado de Colombia y Autónoma de Madrid, con posgrado en derecho constitucional de la Universidad de Salamanca -España-, doctoranda de la Universidad Externado de Colombia, Docente Universitario, Fiscal unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja

1. INTRODUCCIÓN

La teoría contemporánea del derecho, concebida como una indagación respecto de la práctica jurídica, concretamente de la aplicación del derecho por parte de los jueces¹, gira en la actualidad en rededor de dos preguntas:

- La primera de ellas atinente a si se registra coherencia al interior de los sistemas jurídicos, cuestionamiento que nos dirige a la discusión en punto a la estructura que los identifica y la existencia o inexistencia de lagunas, contradicciones o indeterminaciones en los mismos.
- La segunda alude a si los jueces son aplicadores neutrales de la norma jurídica o por el contrario estos cumplen una función creadora de derecho, en la cual inciden razones políticas y morales; cuestionamiento para cuya resolución se hace necesario abordar en primera instancia el tema atinente al modelo de razonamiento jurídico que en la práctica adoptan jueces y magistrados, asunto que encuentra íntima relación con la labor interpretativa que ejerce el funcionario judicial al momento de aplicar el derecho frente al caso concreto. Nos preguntamos entonces si es posible afirmar que la labor judicial se cumple en forma "objetiva" o por el contrario puede reputarse como un "proceso subjetivo", en el cual intervienen factores políticos o de otra índole.

Estos interrogantes nos llevan a reflexionar en torno a la manera cómo son formulados los ordenamientos jurídicos y como deben aplicar los jueces el derecho, es decir cómo deben ejercer su labor los administradores de justicia.

Nuestro planteamiento se adentra en este último interrogante, toda vez que partimos de reconocer la evolución que registra el razonamiento jurídico, la cual nos permite afirmar que en la actualidad las instancias judiciales utilizan modelos de aplicación legal y racional del derecho, conforme a los cuales, si bien se acude a las normas jurídicas válidas en la resolución de un conflicto,

¹ KENNEDY, Duncan: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Ediciones Uniandes, 2002, p 19.

éstas se acompañan de una justificación racional. Modelos en los cuales impera la vigencia de una teoría hermenéutica de la dialéctica.

Un modelo que parte de reconocer que el arbitrio judicial, no es ajeno a la función judicial, de donde se deduce la necesidad de elaborar técnicas que permitan la corrección y racionalidad de las decisiones judiciales, así como el control de las valoraciones que hace el juez al momento de tomar decisiones, a objeto de impedir que éstas correspondan a una mera subjetividad del mismo; a todo lo cual se agrega la necesidad de garantizar la vigencia de principios tales como el de igualdad, seguridad jurídica, unidad del ordenamiento jurídico, el principio de confianza legítima, el acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad etc. Métodos dentro de los cuales se destaca el acogimiento de un modelo de vinculación relativa a los precedentes a los cuales se reconoce en la actualidad un uso interpretativo y argumentativo en la construcción de las decisiones emanadas por el funcionario judicial.

2. DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y SU NATURALEZA

Durante mucho tiempo, se sostuvo la vigencia de una teoría silogística de la decisión judicial, conforme a la cual se consideraba que el juez razonaba en forma de silogismo: premisa mayor, premisa menor y una conclusión. Al respecto se recuerdan los planteamientos formulados por Beccaria, Aristóteles y los autores que pertenecen a la corriente del iluminismo. No obstante, se formulan críticas a este pensamiento, en una visión que pretende revelar la falacia en que incurre, en tanto se trata de una teoría que obedece más a una ideología de la decisión que a una descripción de la misma. Ideología que busca implantar un mecanismo que conduzca al juez a decidir en forma racional, propugnando por un "modelo ideal de certeza lógica".²

Así, varias teorías se han planteado en torno a la naturaleza del razonamiento judicial, dentro de las cuales se destacan:

² TARUFFO, Michele, *Cinco lecciones mexicanas, memoria del taller de derecho procesal*, Tribunal electoral del poder judicial de la Federación, Escuela judicial electoral, México, 2003, p. 3.

1. El razonamiento práctico de Raz, teoría que se mantiene en la línea de la filosofía iuspositivista, y que se fundamenta en la función normativa o excluyente de la autoridad, que se reconoce el autor de la norma moral o jurídica. De allí que esta postura afirme que el juez al momento de adoptar una decisión debe basarse en las normas morales o jurídicas que permitan ofrecer solución a un caso y que excluyen cualquier otro tipo de razonamientos. Así, para Raz, el razonamiento judicial, se fundamenta en dos tipos de reglas:
 - a) Las reglas de reconocimiento, que permiten al funcionario determinar que disposiciones jurídicas, resultan aplicables frente a un caso concreto.
 - b) Las reglas de discrecionalidad; aplicables en aquellos eventos en que no exista regulación que permita ofrecer solución al caso en estudio.³

2. El razonamiento Retórico de Perelman. Luego vendrían los planteamientos esbozados por la escuela de Bruselas, con Perelman a la cabeza, cuyo trabajo se erige en una doble vertiente: la revisión del razonamiento cartesiano o teórico y la recuperación del pensamiento retórico. La nueva retórica, como tradicionalmente se le conoce, propugna por la vigencia de un “razonamiento argumentativo, deliberativo y discursivo”, cuyos pilares fundamentales, se encuentran constituidos por:
 - Un razonamiento práctico basado en la argumentación.
 - La deliberación.
 - Discusión del valor de los argumentos.

Así, mientras el razonamiento teórico o formal hace de la evidencia su postulado central, utilizando como metodología la inducción o deducción lógica, el razonamiento retórico, abandona la idea de veracidad de los postulados, la cual sustituye por lo posible o plausible de los argumentos. De igual manera el razonamiento demostrativo por inducción o deducción, propio del razonamiento teórico, es reemplazado por la argumentación o justificación, en el razonamiento retórico.

³ MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 38.

En tanto en el razonamiento teórico parece evidenciarse un monismo, en el razonamiento retórico se parte del reconocimiento de la existencia de una pluralidad de opciones, dando paso a la deliberación de las mismas y la selección de la más razonable, de manera que el objeto de este modelo, lo constituye el estudio de técnicas discursivas que permiten provocar la adhesión a unas tesis que se han presentado para el asentimiento, es decir las técnicas argumentativas que permiten justificar una tesis como la mejor, la más justa, la más adecuada, para lo cual se acude a la oralidad y a la audiencia ante la cual se presenta el debate dialéctico, frente a un auditorio que avala una de las tesis esbozadas, en la medida que la argumentación ha resultado eficaz para convencerlo y lograr su adhesión.

Así las cosas, se puede decir que la nueva retórica, parte de reconocer que frente a un conflicto se presentan varias opciones discursivas, más o menos fuertes que provocan la deliberación y evaluación de las mismas en un proceso de selección que culminará con la elección de la tesis más razonable, de acuerdo a la valuación que en este sentido haga el auditorio al cual se dirige el orador. Deliberación que en el campo jurídico se ofrece en torno a la interpretación de las normas jurídicas, bien sea por que se está en presencia de una interpretación literal de las normas vs. una interpretación del espíritu de las mismas, o diversas interpretaciones literales o del espíritu de una norma.

3. Postura de Klaus Günther, quien señala que el razonamiento judicial se contrae a una actividad de aplicación de normas, que no requiere adentrarse en la justificación de las mismas, en tanto la estructura de los enunciados normativos se reduce a la enunciación de una situación de aplicación y la referencia a las consecuencias y efectos que producirá el cumplimiento de la misma, elementos que relacionados entre sí, permite la justificación y validez de las normas. La norma está justificada si los afectados con ella aceptan las consecuencias de su aplicación.

Para Günther el razonamiento jurídico está basado en normas cuya validez jurídica se presupone, no se cuestiona, en tanto las mismas han sido elaboradas a través de un procedimiento legítimo de deliberación, en el cual ya se dio el debate atinente a la justificación de las razones en que

se apoya su emanación. Así las cosas, la actividad judicial acoge un discurso jurídico de aplicación de las normas jurídicas válidas, conforme al cual la pretensión de corrección está dada por la adecuación de la norma a los aspectos y circunstancias relevantes del caso⁴.

4. La justificación racional de Robert Alexy. Contrario a lo que se indica por Klaus Günther, Robert Alexy plantea que el razonamiento jurídico es una actividad de justificación de normas. Así, la teoría de la argumentación de Alexy, se ubica en medio de las tesis que propugnan por una lógica formal, como garantía de infalibilidad de las decisiones, y aquella que defiende el carácter puramente evaluativo del razonamiento judicial. Para Alexy, el razonamiento judicial comprende dos pasos: el primero de ellos atinente a la validez de las inferencias lógicas, la cual adopta la forma del silogismo jurídico -justificación interna-, a la cual sigue una justificación externa que pretende revisar la corrección de las premisas utilizadas en la justificación interna.

No obstante ese criterio de corrección propuesto por Alexy es el que llama la atención, pues el autor lo fundamenta en un criterio procedimental, en tanto la adhesión por parte del juez a diversas reglas y formas discursivas garantiza la racionalidad y corrección de la deliberación; de allí que propugna por el establecimiento de unas reglas y formas que imperan en la argumentación jurídica, atinentes a la estructura de los argumentos y la argumentación, en una estructura que comprende la validez de las inferencias lógicas (justificación interna) y la corrección de las premisas (justificación externa). Reglas que determinan la corrección y racionalidad del procedimiento y de la decisión.

5. Por su parte Dworkin señala que la práctica jurídica es esencialmente interpretativa, toda vez que su propósito es construir el verdadero sentido de las normas. Planteamiento que se funda en el reconocimiento de que el rasgo central de las prácticas jurídicas está en su carácter argumentativo, de manera tal que la vida del derecho es concebida como un intercambio

⁴ Cf. MORAL SORIANO, p. 87.

de argumentos que ofrecen interpretaciones en torno a lo que realmente dice el derecho en un caso concreto.⁵

6. Hart, igualmente señala que el juez ostenta un poder creativo, en tanto no cuenta con normas precisas para la resolución de los casos que le son confiados, debiendo elegir entre alternativas razonables. etc.⁶
7. Autores más recientes como Leonor Moral entienden el razonamiento judicial como una actividad de argumentación racional que expresa un compromiso entre la previsibilidad de las decisiones y la justicia; previsibilidad que entienden está dada por la vinculación del juzgador al tenor literal del derecho, en tanto la justicia, se basa en la vinculación a consideraciones morales o práctico generales.

Retomando los planteamientos de Perelman y Alexy, señala Moral como los aspectos más importantes del razonamiento jurídico están dados por su aspecto práctico, deliberativo, argumentativo, de justificación y procedimental.

Parte la autora de aceptar que el razonamiento jurídico, siguiendo en ello la teoría de Alexy, es una forma del razonamiento práctico general que determina que debe acaecer, de acuerdo con el derecho. No obstante, se pregunta si en su labor los jueces solamente deben atender a lo dispuesto por el derecho, planteando que sucederá en aquellos casos en que el derecho entra en conflicto con consideraciones práctico generales, respuesta que en su sentir depende del papel que se le otorgue a los enunciados normativos, de acuerdo con el modelo de razonamiento jurídico adoptado.⁷

Así la autora, basándose en la teoría expuesta por Perelman, indica que el razonamiento jurídico es deliberativo, en tanto a la construcción de la decisión, acuden varias razones que sirven para justificarla, razones que son objeto de evaluación por el juzgador para establecer su fuerza o

⁵ Postura de DWORKIN, al respecto Cf. *La decisión judicial, el debate Hart - Dworkin, estudio preliminar de César Rodríguez*, Bogotá, Siglo del Hombre - Universidad de los Andes, 1997, p. 62

⁶ Postura adoptada por H.L.A. HART, loc.cit., p. 71.

⁷ Cf. MORAL SORIANO, p. 126.

corrección, en tanto no es su fuerza excluyente la que determina cual va a servir de fundamento a una determinación. Así, deliberar en sentir de Moral, significa argumentar, apoyar en razones la selección de una proposición normativa que se considera la mejor, la más razonable, la más sólida para ofrecer solución a un caso determinado.

En segundo lugar indica Moral que el razonamiento jurídico implica un elemento práctico de justificación, toda vez que las decisiones judiciales, como enunciados normativos, necesitan ser justificados mediante argumentos.

En tercer lugar se dice que el razonamiento jurídico involucra un elemento procedimental, en tanto la justificación que el juez ofrezca de su determinación, debe seguir reglas y formas de argumentación, con lo cual se asegura la corrección y racionalidad tanto del procedimiento como del resultado dado por la decisión judicial.

Lo cierto es que independientemente de la postura que se desee acoger, se acepta en la actualidad que el juez en la toma de decisiones desarrolla operaciones intelectuales, que no siguen la estructura silogística, vg. selección de la norma aplicable frente a la controversia que se le plantea y su interpretación, así como la valoración de los medios de prueba en que fundamenta su decisión, de donde se extrae que el razonamiento jurídico y concretamente la decisión judicial posee una estructura dialéctica, toda vez que su formulación pasa por una serie de momentos, en cada uno de los cuales se le presentan al funcionario varias opciones, compeliéndolo a asumir postura frente a ellas, tomando partido por la que considera más viable para ofrecer solución a la problemática que se le plantea.

Concordante con lo anterior, podemos señalar que la interpretación jurídica, ostenta en la actualidad tanta relevancia que podemos pregonar que es por medio de ésta que se dota de contenido a un postulado, en la medida que es a través de la interpretación que se asigna un significado a la norma que se trata de aplicar en cada caso en concreto. Situación a la cual se agrega el hecho de que todas las normas, sin importar la complejidad o sencillez de su postulado, son objeto de interpretación por

parte del juez, proceso en el cual imperan una serie de reglas técnicas flexibles que no proporcionan una metodología precisa. De donde se colige que en el razonamiento del funcionario judicial, siempre se encuentra inmerso un "juicio de valor"⁸, en el cual influyen sus orientaciones, su ideología, sus preferencias. El problema entonces se traduce en cómo controlar esa discrecionalidad que asiste al funcionario judicial, en procura de obtener un punto de equilibrio entre la independencia que asiste al mismo en la construcción y elección de esos juicios de valor y la vigencia de principios tan preciados como el de igualdad, -entendido en su doble dimensión, igualdad ante la ley e igualdad de trato por las instancias judiciales-, el principio de legalidad, la seguridad jurídica, la unidad del ordenamiento jurídico, el principio de confianza legítima, el acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad, etc.

Así las cosas, se impone indagar en torno a cuáles serían esos límites objetivos que guían la labor del funcionario judicial, con el objeto de evitar que en la toma de decisiones haga efectiva simplemente posiciones subjetivas. Linderos que parecen encontrarse en varios aspectos, a saber:

- a. La Justificación de la decisión que se adopte debe establecer relaciones objetivas entre el razonamiento que la sustenta y el contexto en el cual se produce. Contexto que supone algo complejo, en tanto el mismo abarca la coincidencia o concordancia de la decisión con el conjunto de valores que inspiran al ordenamiento jurídico, así como los principios en que se funda, la normatividad que gobierna la materia de que se trata y por supuesto la interpretación que de la misma ha hecho la jurisprudencia y la doctrina⁹.
- b. La corrección en la selección e interpretación del derecho aplicable frente al caso concreto; criterio relativo, que va a depender del singular contexto normativo y cultural en el cual se resuelve el problema.

⁸ Al respecto resulta importante la postura de Duncan KENNEDY en *La decisión judicial*, op. cit.

⁹ Cf. TARUFFO, op. cit. p. 12

Este planteamiento nos lleva a reflexionar en torno a la importancia del "precedente judicial", habida consideración de que frente a cada regla de derecho, concurren diversas interpretaciones, que a su vez pueden reputarse como válidas o incorrectas, no obstante se reconoce por la doctrina la existencia de una "zona de penumbra" entre aquellas interpretaciones correctas y las que no lo son, de donde surge la necesidad de establecer qué interpretaciones entran en un campo u otro, lo cual en nuestro sentir se puede lograr cuando dicha actividad se sujeta a unos parámetros objetivos, de los cuales el juez sólo puede apartarse presentando razones válidas y legítimas; dimensiones que estarían dadas por la jurisprudencia emanada de las altas Cortes, como organismos a los cuales se les atribuye la función de servir como intérpretes supremos del derecho.

- c. La necesidad que asiste a toda relación jurídica de tener como referencia criterios previsibles, los cuales estarían dados no sólo por el contexto normativo vigente en el territorio en el cual se emana una decisión, sino por la interpretación que de los textos legales en un caso, se ha ofrecido por los altos Tribunales de justicia, a quienes corresponde ofrecer la interpretación que determina el contenido y alcance del derecho.

3. FUNDAMENTO DE LA TEORÍA DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Partiendo de reconocer, como se dejó reseñado con antelación, que el arbitrio judicial no es ajeno a la función judicial, se evidencia la necesidad de elaborar estrategias que permitan la corrección y racionalidad de la decisión judicial, técnicas dentro de las cuales se destaca el acogimiento de un modelo de vinculación relativa a los precedentes, a los cuales se reconoce utilidad interpretativa y argumentativa, al momento de aplicar el derecho frente a cada caso en concreto. Así, estudios especializados en la materia¹⁰, señalan como se han ofrecido modelos explicativos en torno a la importancia del uso del precedente, los cuales abarcan un aspecto pragmático y racional, a saber:

¹⁰ Al respecto, Cf. MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial*, Marcial Pons; LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces, obligatoriedad del precedente constitucional*, Legis, 2000; y MAGALONI, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Mac Graw Hill, Madrid, 2001.

1. La filosofía del derecho, que niega como fundamento de los precedentes la tradición, ha elaborado distintos modelos explicativos de la relevancia de los precedentes, que pretenden racionalizar su uso y se pueden ordenar bajo dos tipos de argumentos a saber:
 - a. El denominado argumento pragmático: que justifica el uso de los precedentes en consideración a los beneficios que de ello se obtienen, en torno a una uniforme aplicación de las leyes, en economía procesal, en pro de la predicción de las decisiones judiciales, de seguridad jurídica, y en punto al prestigio de los jueces y tribunales
Importa destacar en este punto la utilidad que se atribuye a la doctrina de precedentes en materia de economía procesal, teniendo en cuenta que desde el ámbito internacional se ha venido considerando que la tarea del funcionario judicial se ve favorecida en aquellos eventos en que el mismo encuentra consolidada una interpretación del derecho aplicable en cada caso, en tanto su labor se contrae a entender el derecho en la forma como le ha sido presentado y sólo se impone una reflexión mayor en aquellos eventos en que se considera desueto el uso, si así podemos llamarlo, que se ha dado de un mandato determinado, circunstancia que ostenta incidencia no sólo en la resolución ágil de los asuntos sometidos al conocimiento del poder judicial, sino que garantiza la vigencia de principios ya enunciados como el principio de confianza legítima, la seguridad jurídica etc.
 - b. Argumento de justicia formal: justifica el uso de los precedentes en la vigencia del principio de igualdad, entendido como la prerrogativa a recibir trato igual por parte de las instancias judiciales; en tanto se entiende que casos iguales o similares deben recibir igual tratamiento.
2. Siguiendo a Perelman, se pueden esbozar tres argumentos que sirven como fundamento racional a los precedentes, a saber:
 - a. El argumento ab exemplo. Conforme al cual a un enunciado normativo se le atribuye el significado que le ha sido ya atribuido por alguien, por ese solo hecho. De cara a este planteamiento, el juez, al aplicar una norma debe atribuirle un significado, a través de la interpretación.

De manera que un juez acude para determinar el significado de una norma a decisiones precedentes en las cuales se ha fijado el alcance de la misma; evento en el cual estamos frente a un uso interpretativo.

El argumento ab exemplo, logra dos objetivos: explicar la función de los precedentes en el razonamiento judicial desde el punto de vista del razonamiento jurídico (de la argumentación) y no de su reconocimiento como fuente del derecho; y proponer un modelo válido para cualquier sistema jurídico.

- b. Argumento de autoridad. Lo ubica Perelman en los argumentos basados en la estructura de lo real. Conforme a este argumento se utilizan por el funcionario judicial, actos o juicios de una persona o grupo de personas como medio de prueba a favor de una tesis. Así de acuerdo con el argumento de autoridad se justifica en uso de los precedentes por el simple hecho de su fuente material, en tanto las decisiones quedan así impregnadas de la autoridad del juez o tribunal que las elaboró, es decir es la autoridad de quien elaboró una decisión la que fundamenta su uso posterior.

La autoridad cumple en el razonamiento jurídico una función argumentativa, en tanto proporciona una razón para justificar una decisión. En cuanto a la función que se asigna al argumento de autoridad, según la autora, se contrae a determinar cuáles son los precedentes que se deben seguir.

- 3. Regla de la justicia. Se trata de un argumento que fundamenta el uso de los precedentes en la exigencia atinente a que seres y situaciones que integran una misma categoría o grupo sean tratados de manera idéntica; regla que debe estar vinculada al principio de inercia, de cara al cual, es posible introducir cambios en el tratamiento de personas o casos similares, cuando éstos estén justificados. Esta regla involucra a su vez las reglas de universalidad, consistencia y coherencia.
 - a) La Regla de universalidad: que supone una doble implicación del principio de justicia formal (mirada hacia a tras y hacia delante)

supone que el significado que un juez ofrece a un enunciado normativo, sea enunciado en términos universales, con lo cual se logra establecer normas interpretativas universales, que constituyen barreras contra la arbitrariedad, en tanto los jueces decidirán los casos, de manera similar a como fueron resueltos en el pasado y a como se resolverán en el futuro.

La regla de universalidad justifica el uso de los precedentes. No obstante, a esta se le vinculan otras dos que ofrecen el núcleo normativo de fundamentación y uso de los precedentes, a saber:

- b) La regla de consistencia: los precedentes en la justificación interna. Cuando se alude a la consistencia de las decisiones judiciales, se está haciendo referencia a su vez al criterio de justicia formal, conforme al cual se proclama que supuestos similares, reciben igual tratamiento. Para ello, desde el punto de vista interno, se plantea la necesidad de acoger en el razonamiento judicial la estructura silogística, como criterio de corrección de la misma, de manera tal que se exige que toda resolución se fundamente en un enunciado normativo universal.

No obstante la solución de muchos casos no se sigue deductivamente de las leyes, en tanto éstas se encuentran expresadas en términos muy vagos o ambiguos, requiriendo que se precise su contenido a través de la labor interpretativa que desarrolla el juez; o simplemente no media norma aplicable al caso concreto, evento en el cual corresponde al juzgador llenar el vacío que se presenta acudiendo a la creación de una norma que le permita ofrecer solución al conflicto planteado, como ocurre por ejemplo frente a la analogía. En estos eventos es preciso agregar a la cadena lógico-deductiva, ciertas premisas que garantizan la corrección del razonamiento y la justicia formal.

- c) Principio de inercia. Los precedentes en la justificación externa: hace referencia a la carga de la argumentación, así, partiendo de aceptar que casos similares deben resolverse en forma igual, y mediante una interpretación que sirva como parámetro para la concreción de un enunciado normativo, corresponde al funcionario que desee ofrecer

una solución diversa, la carga de la argumentación, para explicar las razones por las cuales se parta del precedente.

Por el contrario, se considera de cara a este principio que quien sigue el parámetro fijado en una decisión anterior, se descarga del deber de argumentar, de allí la contribución que ofrece el seguimiento del precedente en materia de economía procesal.

4. EL PRECEDENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Mucho se ha dicho en torno a las modificaciones que se han generado en la cultura jurídica nacional, con incidencia en la concepción que en la actualidad se prohija respecto del sistema de fuentes, interpretación y legitimidad del derecho, con impacto en las prácticas argumentativas, toda vez que el funcionario judicial, en la actualidad, pasa de ser reputado como simple aplicador de textos legales, mostrándose como creador de subreglas; fenómeno que inicialmente parece haber tenido mayor impacto en el campo del derecho constitucional¹¹, en una práctica que se extiende, por lo menos en teoría, a todas las áreas del derecho, aunque su eficacia en otras ramas hasta ahora sea incipiente.

Resulta de interés la afirmación que se hace por Diego López, quien concibe al derecho positivo como un “simple marco”¹² en el que diferentes actores exploran la indeterminación de la norma singular y las contradicciones valorativas en las que incurre un sistema complejo de derecho. Y si bien, una lectura rápida y literal del art. 230 de la C.P., pareciera conducirnos a sostener el valor simplemente secundario de la jurisprudencia -como característica de los sistemas continentales o de civil law como el nuestro- dicha visión parece estar sometida en la actualidad a examen, en tanto se gesta a nivel mundial un replanteamiento en torno al papel que cumple la función judicial en el establecimiento del derecho vigente, bajo el entendido de que el juez, deja de ser operador jurídico, para tornarse en creador de subreglas que concretan el contenido y alcance de la normatividad vigente.

¹¹ Al respecto es interesante el análisis de LÓPEZ MEDINA en su libro *El derecho de los jueces*.

¹² LÓPEZ MEDINA. Op. cit. p. 2.

El sistema jurídico colombiano, como lo destaca Diego López, neo-romanista y positivista por filiación, se funda en varios postulados, a saber:

- Los jueces se constituyen como simple aplicadores de derecho, sin que se les reconozca intervención alguna en su creación.
- Los fallos judiciales sirven para “ilustrar” normas, cuando éstas son oscuras o ambiguas.
- La sujeción del administrador de justicia al derecho, se entiende como acatamiento a las normas emanadas por la autoridad competente para tal fin.
- Los jueces no están atados por los fallos judiciales, en tanto la jurisprudencia es concebida como fuente auxiliar del derecho, que sólo opera en ausencia de fuente primaria. Más aún se tiene en cuenta que en estos sistemas el derecho es considerado como “un conjunto de reglas o normas establecidas legislativamente.

No obstante, dicha concepción, tal como lo destaca el mismo autor, y como se evidencia en la jurisprudencia emanada por la Corte Constitucional, ha venido dando un giro hacia la entronización y establecimiento en nuestra cultura de la doctrina de precedentes, instituto cuya vigencia, en principio se restringe al campo constitucional, no obstante en la actualidad extiende su vigencia a todas las ramas del derecho.

Así, pudiéramos esquemáticamente, a partir del análisis de los fallos emanados en la materia por la Corte constitucional, afirmar que la recepción de la doctrina de precedentes en la cultura jurídica colombiana, ha pasado por varios periodos, a saber:

- a. Un periodo de negación de la vigencia de tal doctrina, que se ubica hacia el año 93, época en la cual la Corte Constitucional emite sentencias como la C-113 de 1993, por medio de la cual se revisa la constitucionalidad de varios artículos contenidos en el Decreto 2067 de 1991, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, concretamente, para los efectos de la materia que nos ocupa, el art. 23

atinente al valor de la doctrina constitucional, mandato que pretendía otorgar a la misma carácter obligatorio; no obstante fue esta la palabra declarada inexecutable por la propia Corte, fundamentando tal decisión en los siguientes razonamientos:

- Es la Corte el organismo al cual corresponde precisar los efectos de sus sentencias.
 - La propia Carta Fundamental en el art. 230, reconoció cierta categoría a las fuentes formales del derecho, dotando de carácter principal a la ley, en tanto respecto de la jurisprudencia y doctrina señaló que se trata de criterios auxiliares de la administración de justicia.
 - Las sentencias de la Corte Constitucional obligan a todas las autoridades y los particulares, prohibiendo su aplicación o reproducción, más repárese en que tal criterio lo entiende la Corte para las sentencias que declaran la exequibilidad o inexecutable de una norma.
 - Distingue el alto tribunal los conceptos de cosa juzgada constitucional expresa e implícita, indicando que sólo adquieren el carácter de cosa juzgada expresa e implícita, la parte resolutoria de las sentencias y la parte motiva que guarda unidad de sentido con la decisión adoptada, para colegir que las consideraciones plasmadas en la parte motiva de un fallo que no ostentan tal carácter, tendrán un carácter meramente auxiliar.
- b. Una época de recepción y establecimiento de la doctrina de precedentes, que en nuestro sentir se ubica hacia 1995, cuando se emite por la Corte la sentencia C-083/95,¹³ por medio de la cual se revisa la constitucionalidad del art. 8º de la Ley 153 de 1887. En ella diferenció la Corte los conceptos de jurisprudencia y doctrina constitucional, y a ésta la reconoció como fuente de integración del derecho en los casos en que se registren lagunas en el mismo. Ella será obligatoria cuando intentada la aplicación analógica del derecho vigente, el vacío persiste; evento en el cual se autoriza la aplicación directa de las normas constitucionales, cuyo contenido dado su carácter, es fijado por el intérprete e dichos mandatos.

¹³ Corte Constitucional SC-085 de marzo 1 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Igualmente diferencia la Corte los conceptos de doctrina constitucional integradora e interpretativa, indicando respecto a la segunda que es aquella que debe aplicarse frente a casos dudosos. A la doctrina constitucional interpretativa y jurisprudencia, reconoce la Corte carácter auxiliar o subsidiario, es decir como guía ilustrativa de la actividad judicial, cuyo desconocimiento no general consecuencia alguna.

Vendría luego la Sentencia T-123/95¹⁴, decisión en la cual se pretende aumentar el valor de la jurisprudencia emanada por los altos tribunales de justicia, finalidad para cuyo logro plantea la Corte la función unificadora que cumplen tales fallos y su relación con la vigencia del principio de igualdad, del cual predica debe entenderse en un doble sentido, igualdad ante la ley e igualdad de trato por los tribunales, indicando que se predica vulneración de este postulado en aquellos eventos en que se desconozca por el juzgador la línea jurisprudencial trazada por un alto tribunal, respecto de un tema determinado, evento en el cual es dable pregonar que incurrió el juzgador en vía de hecho por violación al principio de igualdad, en tanto situaciones similares recibieron trato diferente; situación que faculta al juez de tutela para la revisión del fallo respectivo.

Plantea la Corte que el ordenamiento constitucional reconoce la vigencia del principio de independencia judicial, el cual parece entrar en contradicción con el principio de igualdad, al exigirse a los juzgadores acatar no sólo la doctrina fijada por los fallos emanados por los altos tribunales, sino los criterios plasmados con antelación por ellos mismos en la resolución de casos similares; no obstante encuentra la Corporación que el aparente conflicto parece superarse al autorizar al juzgador apartarse tanto del criterio fijado por las altas Cortes, como del suyo propio a condición de justifique suficiente, adecuada y razonablemente el cambio de postura y que es una decisión que en nuestro sentir tiene gran trascendencia, en tanto no sólo instaura la doctrina del precedente judicial, extendida a la doctrina sentada por las autoridades ubicadas en el vértice de la administración de justicia, a través de su jurisprudencia, ensanchando el campo de vigencia del instituto que ya escapa al campo constitucional exclusivamente, sino que además reconoce la vigencia del

¹⁴ Corte Constitucional, ST-123 de marzo 21 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

autoprecedente; a todo lo cual se agrega el carácter que se quiere imprimir a este instituto, que no se ubica en una línea rígida, sino moderada.

Esta doctrina fue reiterada en la Sentencia T-260 de 1995, en la cual destaca la Corte que su papel cuando aborda la revisión eventual consagrada en la carta política, es el de:

- Unificar a nivel nacional, los criterios judiciales imperantes en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales.
- Precisar el alcance de los derechos fundamentales.
- Fijar la doctrina constitucional, de obligatoria observancia por parte de los jueces en las condiciones reseñadas anteriormente.

Destaca la Corte que la Constitución es una sola y por ende el contenido no puede variar, según el criterio de cada juzgador, indicando que si bien la jurisprudencia no es obligatoria, las pautas trazadas por la Corte sientan el sentido y alcance de la normativa fundamental; de allí que en aquellos eventos en que un juez desconoce la doctrina constitucional, incurre en violación de la Carta Política.

c. Un periodo de consolidación de la doctrina y que se ubica en los años 1996–1999. De esa época es dable destacar la Sentencia C-037/96, por medio de la cual se ejerce el control automático sobre la ley estatutaria de la administración de justicia: en este fallo la Corte, en relación con la naturaleza, fuerza y vinculación de sus fallos, sentó los siguientes postulados.

- Recogiendo la doctrina sentada en fallos anteriores, proclama nuevamente la competencia que le asiste para fijar los efectos de sus sentencias.
- La Corte es la responsable de interpretar con autoridad y definir los alcances de los preceptos contenidos en la carta fundamental.
- En cuanto a los apartes que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, reitera los conceptos de cosa juzgada constitucional explícita e implícita a que se hizo alusión. A partir de este postulado

distingue la fuerza vinculante de la doctrina contenida en las motivaciones o ratio decidendi de sus fallos. Así, tratándose de fundamentos que guardan relación directa con la parte resolutive, se entiende que ellos adquieren fuerza vinculante y son de obligatorio acatamiento por los miembros de la administración de justicia y corrigen la jurisprudencia. En tanto frente a otras motivaciones, reputadas como obiter dicta, se reconoce a las mismas el carácter de criterio auxiliar que le otorga la Constitución a la doctrina, por mandato del art. 230.

- En punto a las decisiones que resuelven asuntos sometidos a la acción de tutela, señala que sus efectos son Interpartes. No obstante aclara que la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos fundamentales, trasciende a las situaciones concretas que le sirven de base y se convierten en pauta que unifica y orienta la interpretación de la constitución, y si bien se advierte que la misma no ostenta carácter vinculante, se precisa que el desconocimiento de la línea jurisprudencial fijada por la Corte, si no ha sido justificada en forma suficiente y adecuada, infringe el principio de igualdad.
- Reitera la Corte que la jurisprudencia emanada por los altos órganos que integran la administración de justicia persigue la realización del principio de igualdad a través de la unificación doctrinal

Igualmente cabe destacar en este periodo las SC-063/98 y SU-047 /999, fallos en los cuales se sientan métodos de interpretación de precedentes importados, del common law, como la distinción en los apartes de una decisión de los conceptos de ratio decidendi, decisum y obiter dictum. Posteriormente vendría la SC-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, proferida con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad impetrada en contra del art. 4º de la Ley 169 de 1896, fallo en el cual se aborda por la Corporación el problema jurídico atinente a la fuerza vinculante que se reconoce a los fallos emanados por la Corte Suprema de Justicia, tanto frente a los tribunales y jueces de inferior jerarquía, precedente vertical, como a ella misma, autoprecedente. En esta sentencia la Corte Constitucional reconoció que el respeto al precedente es esencial a un Estado de derecho, así:

- La autonomía judicial y la libertad reconocida a los jueces para interpretar y aplicar la ley no puede implicar desconocimiento de los derechos fundamentales.
- Se destaca la función creadora del juez a través de la jurisprudencia, reconociendo que éste se erige como agente racionalizador e integrador del derecho.
- Reconoce fuerza normativa a la doctrina sentada por la Corte Suprema, la cual deriva de varios factores: la autoridad constitucionalmente otorgada a la misma, como organismo al cual se confía la unificación de la jurisprudencia; la obligación de los jueces de materializar el principio de igualdad en su doble dimensión: ante la ley y ante los tribunales; el principio de la buena fe, traducido en la confianza legítima hacia las actuaciones de las autoridades públicas; el carácter decantado de la interpretación ofrecida por la jurisprudencia a los mandatos legales.
- Rechaza la autonomía judicial que se funde en la interpretación y aplicación de la ley en el entendimiento individual de un funcionario, toda vez que ello implica vulneración al principio de igualdad.
- El valor normativo de la doctrina judicial es consecuencia de la seguridad jurídica, fundada en la previsibilidad de las decisiones judiciales, así como en la confianza legítima en la administración judicial, derivada de la protección a las expectativas del individuo en torno a una interpretación judicial legítima, consistente y uniforme.
- Colombia se erige como un Estado social de derecho, organizado como República unitaria; de donde se colige la necesidad de que exista unidad en el ordenamiento jurídico, la cual se logra mediante una adecuada unificación de la jurisprudencia que imprima coherencia al mismo.
- Respecto del alcance de la vinculación del juez a los precedentes, la Corte le atribuye un carácter relativo, toda vez que autoriza a apartarse del mismo en varios eventos como cambio de legislación o la capacidad de una decisión para responder a la realidad social en aquellos eventos en que concurre una transformación de la situación política, social y económica, considerada en fallos anteriores, de tal magnitud que incida en la formulación del principio jurídico que sirvió de fundamento a la misma.

Lo cierto es que culmina la Corte declarado exequible el precepto demandado, a 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 aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión.

De donde se colige, sin titubeos, que se sienta por la guardiana de la Constitución la vigencia relativa de la doctrina de precedentes en Colombia, referida ya, no sólo a la jurisprudencia emanada por la Corte constitucional, sino por la Corte Suprema como intérprete autorizado del derecho.

5. LA DOCTRINA DE PRECEDENTES Y LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

En la actualidad parece obligado el tema de la globalización, cuya vigencia sin duda se extiende al derecho, de allí que se reconozca la coexistencia de varios ordenamientos jurídicos al interior del Estado, fenómeno, que visto en sus aspectos positivos, nos lleva a sostener que se trata de la instauración a nivel global, de una era de igualdad y solidaridad. No obstante, cabe observar como el discurso de los derechos humanos, surgido tras la I Guerra Mundial, obedece a la necesidad de crear una cultura jurídica cosmopolita, que creció a partir un entendimiento transnacional del sufrimiento humano.

Empero lo relevante del fenómeno se encuentra en su evolución, toda vez que el régimen internacional de los derechos humanos se funda inicialmente en la proclamación de las declaraciones universales de 1948, documentos a los cuales sucedería la emanación de una serie de instrumentos, pactos, tratados, convenios, protocolos etc., que propugnan por el fortalecimiento del respeto y vigencia de los derechos humanos, tanto a nivel estatal, como global. Así, un ordenamiento, que en comienzo no ostentaba fuerza vinculante, en la actualidad no sólo se equipara por virtud de la instauración de instituto conocido como bloque de constitucionalidad, a las normas que sirven como

parámetro para establecer la validez y legitimidad del derecho interno, sino que se acompaña del establecimiento de organismos a los cuales compete el juzgamiento de su trasgresión y más allá de ello, de establecer la doctrina que fija el alcance y contenido de la preceptiva internacional, reiterada en una parte importante por las legislaciones internas de los Estados. Todo lo cual nos conduce a plantear el interrogante atinente a cuál es la fuerza vinculante que se reconoce a los pronunciamientos emanados por las instancias internacionales, en ejercicio de la actividad interpretativa de sus preceptos.

Al respecto importa estudiar el tratamiento que ha tenido el tema a la luz de la jurisprudencia emanada por la Corte constitucional Colombiana. Así, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad impetrada en contra de algunos artículos de la Ley 74 de 1966¹⁵, que reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de referirse a la fuerza que ostentan las decisiones emanadas por los organismos internacionales, concretamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esa oportunidad la Corte destacó que:

- Es la Corte Interamericana el organismo competente para “interpretar con autoridad” la convención interamericana.
- De cara a lo normado por el art. 93 de la Carta Fundamental, los derechos y deberes constitucionales debe interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, en consecuencia la jurisprudencia emanada por los organismos encargados de interpretar esos tratados constituye criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Posteriormente en SC-200 de 2002¹⁶, mediante la cual se estudia la constitucionalidad de los arts. 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, la Corte reiteró la vigencia de normas materialmente constitucionales, indicando como el examen de constitucionalidad no debe tener como parámetro único los mandatos que formalmente aparecen en el texto constitucional, sino aquellas normas que han sido incorporadas al bloque de constitucionalidad, de las

¹⁵ Corte Constitucional. SC-010 de enero 19 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Corte Constitucional, SC-200 de 2002 de marzo 19 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

cuales predica deben ser interpretadas teniendo en cuenta la jurisprudencia emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Recientemente en SU 058–2003, señala la Corte que el art. 93, inciso segundo de la Constitución, ordena que los derechos reconocidos constitucionalmente sean interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia, lo cual supone, al decir de la Corporación, que se acoja por ésta la jurisprudencia emitida por las instancias internacionales, la cual se erige como pauta relevante, para interpretar el alcance de los tratados y de los propios derechos constitucionales.¹⁷

Así las cosas, en nuestro criterio globalización implica, no sólo el establecimiento de un conjunto de preceptos con pretensión de validez universal, que propugnan por la protección de los derechos humanos y la sanción debida a los graves atentados contra tales prerrogativas, sino el acatamiento y respeto de las decisiones emanadas por los organismos internacionales revestidos de competencia para interpretar y de contera fijar el alcance y contenido de dichos preceptos, es decir, al lado de la aceptación de una normatividad internacional, debe observarse y acatarse el contenido de la doctrina que sienta el contenido y alcance de la misma, para que en verdad pueda hablarse de la vigencia de un principio de igualdad a nivel internacional.

El Estatuto de Roma, como reconocen algunos, se proyecta la formación de unos conceptos básicos que en adelante se han de tornar en patrimonio de la Dignidad humana¹⁸, en tanto otros en una visión más clara de la incidencia que ostentan los instrumentos internacionales en el diseño interno de los sistemas procesales,¹⁹ indican que allí se encuentran postuladas las garantías mínimas que debe reconocer todo ordenamiento procesal penal interno, en países que propugnan por el respeto de la dignidad de todos los intervinientes en el contexto de un proceso penal. A más de ello, otro fundamento en pro de la instauración de la doctrina de precedentes en relación con la jurisprudencia internacional, se extrae de las obligaciones que surgen del propio instrumento,

¹⁷ Corte Constitucional SU-058 de enero 30 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁸ GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, *Corte penal internacional, comentarios a la sentencia C-578 de 2002 de la Corte constitucional*, Bogotá, Legis 2003, pág. 1.

¹⁹ IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto, "Estándares internacionales para la reforma al sistema penal", *en* *Ámbito Jurídico* No 129, p. 12A, Bogotá, 26 de mayo al 8 de junio de 2003

conforme a las cuales Colombia adquiere el compromiso de adecuar su legislación interna a los parámetros fijados por la legislación internacional, lo que conlleva por supuesto a adaptar la interpretación del derecho de cara a las pautas que concretan esos mandatos.