



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA EN LA CONCEPCIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

FABIÁN ANDRÉS ROJAS BONILLA

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho – Perfil Investigativo
Bogotá D.C., Colombia

2015

EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA EN LA CONCEPCIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

FABIÁN ANDRÉS ROJAS BONILLA

Tesis presentada para obtener el título de
Magister en Derecho

Director:
Jheison Torres Ávila

Línea de investigación:
Constitucionalismo y dogmática jurídica

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho – Perfil Investigativo
Bogotá D.C., Colombia

2015

A mis padres, cuyo amor jamás alcanzaré a compensar

A mis hermanos, por su apoyo y comprensión

A Catherin, porque acompañó cada paso de este camino

AGRADECIMIENTOS

Eternamente estaré en deuda con la Universidad Nacional de Colombia. Allí viví momentos maravillosos, aprendí cosas inimaginables y descubrí grandiosos seres humanos. Espero algún día poder retribuirle tantas cosas bellas.

Agradezco a mis padres, hermanos, abuelas, tías, tíos, primas y primos, por su paciencia y comprensión en aquellos momentos en los que sacrifiqué espacios familiares para llevar a cabo la presente investigación. Sin su apoyo hubiese sido imposible alcanzar este importante y significativo logro.

A mis profesores, de manera muy especial al profesor Ernesto Pinilla Campos, cuya vida y pensamiento simplemente son inspiradores; a Jheison Torres Ávila, Andrés Abel Rodríguez y Luis Manuel Castro, quienes siempre estuvieron dispuestos a dialogar conmigo y mis ideas, incluso cuando estas apenas germinaban de forma difusa y abstracta. Muchas gracias por su tiempo y sus valiosas observaciones.

A mis amigos, Gloria, Lorena, Ivonne, Dayana, Pablo, Fernando, Leandro, Diego, Juan Carlos, Sergio, Juan Pablo, Luis y Mario. Cada uno de ellos acompañó mi trabajo con sentimientos de cariño y amistad, incluso desde la distancia.

Adicionalmente, guardo un especial aprecio hacía las personas que han mostrado interés y confianza en mi trabajo. Gracias a Luis Alexander González, Michael Cruz, Marcela Patricia Borja y Camilo Delgado. Cada uno de ellos fue muy importante porque ofrecieron apoyo académico y emocional para continuar con una labor que no fue fácil defender siempre.

Infinitas gracias a mis mejores consejeros. Al Dr. Rafael Gómez porque depositó su confianza en mí desde el mismo momento que nos conocimos. A partir de allí cada conversación con él es una enseñanza más. A Juan Guillermo Cubides por demostrarme el valor de la lealtad, la disciplina y la amistad. Muchas de las ideas de este texto son producto de los libros que muy amablemente compartieron conmigo.

Por último a Catherin García, para quien las palabras de agradecimiento nunca serán suficientes. Jamás olvidaré su compañía, paciencia, ternura y amor.

RESUMEN

El papel de la dogmática en la concepción del precedente jurisprudencial debe ser de inclusión y transdisciplinariedad. Atrás quedó la idea clásica de que la dogmática jurídica se limitaba a la descripción avalorada de los presupuestos normativos que resultaban útiles para la resolución de casos y, en su lugar, se ha adoptado una “nueva dogmática” que pretende incorporar en la decisión judicial los valores consagrados en el ordenamiento jurídico y social. El presente trabajo materializa la “nueva dogmática” en uno de los temas más discutidos en el derecho colombiano: el precedente jurisprudencial. Para tal fin, apelando a la tónica jurídica, se analizan las teorías a favor y en contra de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial en el derecho colombiano durante los últimos veinte cuatro años, luego de lo cual, se concluye que ambas corrientes son profundamente avaloradas y formalistas, por lo que se recomienda la inclusión de la democracia deliberativa en su estudio. Lo anterior en aras de garantizar que el análisis de la ciencia jurídica en general, y del precedente jurisprudencial en particular, no se limite al campo de la validez del derecho, sino que además incluya el aspecto político de la legitimidad.

Palabras clave: Precedente jurisprudencial, democracia deliberativa, dogmática jurídica, “nueva dogmática”, justicia dialógica, razonamiento jurídico, decisión judicial.

ABSTRACT

The role of dogmatic in the conception of the judicial precedent should be inclusive and transdisciplinary. Before, people had the idea about the dogmatic like something that confine itself to the description of rules without moral content that provide an answer for every case. Instead, we have adopted a “new dogmatic” in order to incorporate the values of the legal and social order in judicial decisions. This paper embodies the “new dogmatic” in one of the most discussed topics in colombian law: the judicial precedent. For that purpose, appealing to topic, theories in favor or against the binding nature of judicial precedent in colombian law are analyzed over the last twenty four years, whereupon, it is concluded that both are deeply formalist, so the inclusion of deliberative democracy in those studies is recommended. This in order to ensure that the analysis of legal science in general, and judicial precedent in particular way, not only focuses in the legal validity, but also includes the political dimension of legitimacy.

Key Words: precedent, deliberative democracy, dogmatic, “new dogmatic”, dialogic justice, legal reasoning, judicial decision.

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE EXPOSICIÓN	11
1. PROBLEMA	19
2. OBJETIVOS	19
2.1. GENERAL	19
2.2. ESPECÍFICOS	20
3. HIPÓTESIS	20
4. ESTRUCTURA DEL DOCUMENTO	21
5. MÉTODO, METODOLOGÍA Y ACCIONES INVESTIGATIVAS	21
<u>II. CAPÍTULO 1. TESIS A FAVOR DE LA VINCULATORIEDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA - PARTE I-</u>	<u>29</u>
1. ENTRE EL FORMALISMO JURISPRUDENCIAL Y UNA TEORÍA ARGUMENTAL DEL PRECEDENTE: LA TESIS DEL PROFESOR LÓPEZ MEDINA	29
1.1. ACLARACIÓN PREVIA	30
1.2. LA INFLUENCIA DEL FORMALISMO JURISPRUDENCIAL EN LA OBRA DEL PROFESOR LÓPEZ MEDINA	41
1.2.1. El objetivo del derecho de los jueces: la búsqueda de “la sub-regla jurisprudencial”	41
1.2.2. Crítica al objetivo: debería buscarse “el sub-principio jurisprudencial”	41
1.2.3. La propuesta de reconstrucción de líneas jurisprudenciales	45
a) Análisis dinámico del precedente:	45
b) Análisis estático	47
1.2.4. Los cuestionamientos a la propuesta de reconstrucción jurisprudencial elaborada por el profesor LÓPEZ MEDINA	50
a) Análisis dinámico	50
b) Análisis estático	52
c) A propósito de la Teoría impura del derecho	56
1.3. LOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS ANTI-FORMALISTAS FALLIDOS EN LA OBRA DEL PROFESOR LÓPEZ MEDINA	58
1.3.1. Indicios de una teoría argumental en la obra de LÓPEZ MEDINA	58
1.3.2. La propuesta no es argumentativa por cuanto el precedente adquiere autoridad excluyente	59
1.3.3. Indicios de una teoría crítica en LÓPEZ MEDINA	61
1.3.4. La propuesta no es crítica por cuanto no supera el problema de la validez del derecho	63
1.4. CONCLUSIÓN	63
<u>III. CAPÍTULO 2. TESIS A FAVOR DE LA VINCULATORIEDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA - PARTE II-</u>	<u>66</u>

1. LA TESIS DEL PROFESOR BERNAL PULIDO: UN CONCEPTO NORMATIVO DEL PRECEDENTE JUDICIAL	66
1.1 EL OBJETIVO DE “EL DERECHO DE LOS DERECHOS”: ENTRE EL NOBLE SUEÑO Y LA PESADILLA	66
1.2. PERSPECTIVA DE BERNAL PULIDO SOBRE LA FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL: TESIS ESCÉPTICAS Y TESIS OPTIMISTAS	68
1.3. PROPUESTA DEL AUTOR PARA SUPERAR LAS DEFICIENCIAS DE LAS TESIS ESCÉPTICAS Y LAS TESIS OPTIMISTAS: TRATAMIENTO AL PRECEDENTE COMO NORMA ADSCRITA	72
1.3.1. La discusión sobre el neoconstitucionalismo	72
1.3.2. El precedente jurisprudencial es una norma con fuerza vinculante	74
1.3.3. La distinción entre casos fáciles y casos difíciles	75
1.4. LA TEORÍA DE LA NORMA ADSCRITA COMO FUNDAMENTO DE LA FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL	76
1.5. CRÍTICAS A LA TESIS DEL PROFESOR BERNAL PULIDO	84
1.5.1. Es erróneo predicar la existencia de normas adscritas por la indeterminación de las disposiciones únicamente	84
1.5.2. La búsqueda del paraíso de los conceptos	88
1.5.3. Entre la creación y la aplicación de derecho por parte de los jueces	90
1.5.4. El retomar a ALEXY lo hace susceptible de todas las críticas que sobre él recaen	90
2. TESIS DEL ALA REFORMISTA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	93
2.1. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS SENTENCIAS QUE CONSOLIDAN LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES	93
2.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE CONSOLIDARON LÍNEA JURISPRUDENCIAL	99
2.3. ACLARACIONES POSTERIORES A LA CONSOLIDACIÓN DE LA LÍNEA	100
3. OTROS AUTORES	101
4. CONCLUSIÓN	102

IV. CAPÍTULO 3. TESIS EN CONTRA DE LA VINCULATORIEDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA **105**

1. LA TESIS DEL PROFESOR TAMAYO JARAMILLO: LA CLARIDAD NORMATIVA DEL ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA	105
1.1. EL DESCONOCIMIENTO DEL ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA	106
1.1.1. Correcta interpretación del canon constitucional	106
1.1.2. Presupuestos para la adecuada interpretación: modelo democrático y respeto por el núcleo básico de las normas vigentes	108
1.1.3. Las consecuencias negativas de adoptar la tesis a favor de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial	110
1.1.4. Otros argumentos que se rechazan	114
a) La armónica colaboración entre los poderes del Estado	114
b) Históricamente ha funcionado mejor la vinculatoriedad moral al precedente jurisprudencial	115
1.1.5. Crítica a los planteamientos de TAMAYO JARAMILLO	116
2. LA TESIS DE ALEXEI JULIO ESTRADA: LA IMPORTANCIA DEL EQUILIBRIO DE PODERES	124
3. TESIS DEL ALA CONSERVADORA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	127
4. CONCLUSIÓN	131

V. CAPÍTULO 4. TESIS DEL PRECEDENTE JUDICIAL DELIBERATIVO: SUPERACIÓN DE LA DOGMÁTICA CLÁSICA **135**

1. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE DOGMÁTICA	135
2. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL SISTEMA DOGMÁTICO COLOMBIANO	138
2.1. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA A LA LUZ DE LA DOGMÁTICA TRADICIONAL	138
2.2. REFLEXIÓN PERSONAL DESDE LA ÓPTICA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA	142
2.3. NECESIDAD DE CAMBIO DE PARADIGMA: HACIA UNA “NUEVA DOGMÁTICA” DELIBERATIVA	144
3. EL PAPEL DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	145
3.1. EL PARADIGMA ARGUMENTATIVO COMO PRODUCTO DE LA TENSIÓN ENTRE DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL	145
3.1.1. El Derecho Positivo producto de las insuficiencias del Derecho Natural	145
3.1.2. La reacción del positivismo jurídico mediante la creación del sistema de fuentes y su repercusión en la discusión sobre el precedente judicial	147
3.1.3. El paradigma argumentativo en el Derecho	150
3.2 EL PARADIGMA ARGUMENTATIVO Y LA DECISIÓN JUDICIAL	152
3.3. LA DECISIÓN JUDICIAL ARGUMENTATIVA Y LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: EL RETORNO DEL DERECHO A LA REALIDAD	156
3.5. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL EN LA “NUEVA CONCEPCIÓN DOGMÁTICA”: INFLUENCIA DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA	160
3.5.1. Características de la democracia deliberativa	160
3.5.2 La democracia deliberativa en las decisiones judiciales	161
3.5.3. Precedente jurisprudencial y democracia deliberativa: la nueva dogmática	163
4. CONCLUSIÓN	167

VI. BIBLIOGRAFÍA **170**

1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	170
2. REFERENCIAS ELECTRÓNICAS	178
3. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES	180

I. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE EXPOSICIÓN

Una de las discusiones más interesantes en los últimos veinte años en el derecho colombiano, sin lugar a dudas, es aquella que mantienen algunos juristas respecto a la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial. En palabras de la profesora MORAL SORIANO, el debate en la teoría del derecho sobre el precedente tiende a centrarse, fundamentalmente, en dos asuntos: “el acercamiento de los sistemas jurídicos continental y de derecho común, y la evolución del modelo de razonamiento jurídico”¹. El debate colombiano no es ajeno a dicha tendencia. En efecto, en la discusión local se han puesto en consideración temas tales como el sistema de fuentes, la mixtura de familias jurídicas (*common law* y *civil law*), la legitimidad de las decisiones de los jueces, la forma del razonamiento jurídico, entre otros asuntos que tradicionalmente habían pasado a un segundo plano en la tradición jurídica colombiana y que ahora aparecen de forma protagónica.

Lo anterior ha sido evidenciado por el profesor LÓPEZ MEDINA, quien, de manera general, ha manifestado que desde las últimas dos décadas, a raíz de la promulgación de la Constitución Política de 1991, nos encontramos ante una “nueva cultura jurídica” que ha significado importantes cambios en la forma de entender y asumir el Derecho². Ello encuentra fundamento, a juicio del autor, en la superación del formalismo jurídico, campo en el cual el intérprete era un mero aplicador de la norma, para, en su lugar, darle espacio a las teorías de la interpretación y argumentación jurídica, escenario en el que el operador jurídico deja de ser una autómatas, encontrando un espacio de inoculación contra los excesos del formalismo³.

La “nueva cultura jurídica” ha traído consigo importantes aportes al derecho colombiano y a la vez, sostienen sus defensores, ha sentado el terreno para que en el país se traten temas que hasta

¹ Moral Soriano, Leonor. *El precedente judicial*, 1ª Ed, Barcelona, Ed.: Marcial Pons, 2002, p.15

² López Medina, Diego. ¿Por qué hablar de una “teoría impura del derecho” para América Latina? En: *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, editor académico: Daniel Bonilla Maldonado, 1ª Ed., Bogotá, Ed. Siglo del hombre, 2009, p. 44

³ López Medina, Diego. *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana.*, 1ª Ed., Bogotá, Ed. Legis, 2004, p. 3

hace muy poco eran reservados para algunos pensadores foráneos a los que poca importancia se brindaba, porque, entre otras razones, se creía que la ciencia jurídica era una simple descripción elaborada de los contenidos de las leyes⁴.

Sin el ánimo de profundizar en dicha concepción, lo cierto es que LÓPEZ MEDINA, apelando a los aportes de la “nueva cultura jurídica”, ha generado un alto grado de persuasión en el derecho colombiano. Así, muchas de sus tesis hoy en día son pregonadas en las facultades de derecho e, incluso, han sido adoptadas por las altas corporaciones de justicia. Un ejemplo claro de lo anterior es la discusión respecto al precedente jurisprudencial en el seno de la Corte Constitucional, la cual, después de todo, ha favorecido a la tesis de la “vinculatoriedad relativa”. De hecho, la influencia de LÓPEZ MEDINA resulta innegable en cuanto a la adopción de sus propuestas metodológicas de análisis jurisprudencial, particularmente las relacionadas con la reconstrucción de líneas jurisprudenciales y con el estudio de sentencias individualmente consideradas⁵, a pesar de las dificultades prácticas de llevarlas a cabo en el quehacer diario de la actividad jurisdiccional.

No obstante el reconocimiento de la “vinculatoriedad relativa del precedente jurisprudencial” por parte de la Corte Constitucional, el tema continúa generando polémica entre diversos sectores académicos, puesto que, pareciera que cualquier sentencia que promulgue la Corte sobre el particular, lejos de zanjar el asunto, desencadena ineludiblemente en la publicación posterior de un sin número de reflexiones⁶, por lo que algunos autores, sin incurrir en mayor exageración, sostienen que la bibliografía sobre el precedente jurisprudencial resulta inabarcable⁷. Todo lo anterior alienta la elaboración de la presente tesis, que lejos de pretender ser la última palabra

⁴ Rodríguez Villabona, Andrés Abel. *Unidad y Validez de los Sistemas Jurídicos: Problemas de las Diversas Teorías Sobre la Norma Básica*, tesis de grado para obtener título de abogado, Bogotá, 2009, p. 60

⁵ Dichas metodologías se evidencian en: Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia c-836/2001*, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm> (24.03.2014)

⁶ Muestra de lo anterior es la sentencia C-634 de 2011, a partir de la cual, varios juristas interesados en derecho administrativo dieron un viraje al tema del precedente judicial. Al respecto: Benavides, José Luis. *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*. 1ª ed., Bogotá, ed.: Universidad Externado de Colombia, 2014.

⁷ Estrada, Alexei Julio. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la constitución colombiana de 1991*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 159

sobre la discusión, aspira a dinamizar el debate con la incorporación de herramientas teóricas ofrecidas por otras disciplinas, específicamente, por la ciencia política.

Ante el problema pragmático que implicaría una reflexión universal, e incluso limitada a los sistemas de *civil law* sobre el precedente jurisprudencial, se ha restringido el objeto de estudio de la presente tesis al debate sostenido en el ámbito nacional durante los últimos veinte años, sin que ello impida que a partir de allí se puedan extraer conclusiones generales aplicables a otros ordenamientos jurídicos. Así pues, *en primer lugar*, se reconstruirá el debate en torno al precedente jurisprudencial en dicho marco espacial y temporal. Para ello se apelará a la tópica jurídica como metodología que permitirá elevar críticas desde las perspectivas teóricas más variadas. A pesar de ello, se aclara que la pretensión no es otra que la de evidenciar falencias tanto de las tesis a favor como de las tesis en contra de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial, derivadas, principalmente, de una concepción *monodisciplinar* que se ha preocupado por el problema de la validez exclusivamente.

Demostrado lo anterior, *en segundo lugar*, se ofrecerá un nuevo punto de vista sobre el asunto, desde una perspectiva crítica y propositiva que tenga en cuenta las necesidades y las potencialidades del precedente en el sistema jurídico colombiano. Para ello se hará una aproximación entre el estudio tradicional del precedente judicial y la democracia deliberativa, cuyo interés por la búsqueda de decisiones justas y legítimas a partir de procedimientos racionales, ofrecerá la posibilidad de dar cuenta del fenómeno de una manera más sistemática respecto a la que tradicionalmente se ha utilizado.

Desde ahora deben quedar claros algunos conceptos con los que posiblemente los juristas no están familiarizados. Se ha dicho que la investigación pretende superar la forma tradicional de comprender el precedente jurisprudencial para adoptar los avances de la democracia deliberativa en su discusión o, lo que es lo mismo desde un plano más abstracto, para incorporar a su estudio el ámbito de la legitimidad. En ese sentido, lo primero que se debe aclarar es la relación legitimidad, validez y eficacia.

El profesor MEJÍA QUINTANA rechaza las investigaciones *monodisciplinarias*, porque estas desconocen tres problemas, tres campos disciplinarios y tres reflexiones filosóficas que están “relacionados horizontal y verticalmente, estructural y sistemáticamente”⁸. MEJÍA QUINTANA se refiere, respectivamente, a las triadas “legitimidad, validez y eficacia”; “ciencia y política, derecho y sociología”; y “filosofía moral y política, filosofía del derecho y filosofía social”⁹. En este punto interesa la primera de las mencionadas.

En primer lugar, las teorías contractualistas del Estado definieron el concepto de legitimidad como aquella “justificación del origen del poder y también de su ejercicio continuado”¹⁰. En ese sentido, la legitimidad es un concepto directamente relacionado con la aceptación y reconocimiento de los gobernados hacía los gobernantes para que estos últimos ejerzan el poder político como dominación hacía los primeros. Dicha dominación llega a su máximo punto institucional mediante la figura del Estado que logra estabilidad a través del derecho. WEBER manifiesta que con la ascensión del capitalismo aparece la “fe en la legalidad”, lo cual permite a la sociedad asumir una justificación *legal-racional* de la autoridad por la creencia de su validez¹¹. El derecho, visto desde esta óptica, desacralizó formas religiosas de legitimación porque reconoce “sistemas de acción racional con arreglo a fines”, cuyo principal objetivo, claro está, consistirá en permitir el proceso económico capitalista. En la práctica, lo anterior se materializa en la adopción del positivismo jurídico y del Estado liberal de derecho¹². Empero, a partir de las críticas posestructuralistas, se estableció que el derecho no daba cuenta de todas las características que abarcaba el complejo ámbito del poder como, por mencionar alguna de ellas, el uso de la violencia simbólica¹³. De allí que la legitimidad se convirtiera en un objeto de estudio altamente especializado y reservado para los eruditos de la ciencia política y del poder.

⁸ Mejía Quintana, Oscar. *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Temis, 2005, p. 3

⁹ *Ibidem*. p. 2

¹⁰ López Hernández, José. *El concepto de legitimidad en perspectiva histórica*. En: Revista Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. No 18, 2009, p. 155

¹¹ Weber, Max. “*Las cualidades formales del derecho moderno*” En: Economía y Sociedad. Citado por: Mejía Quintana, Oscar. *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. op.cit., p. 66

¹² *Ibidem*., p. 73

¹³ Al respecto, véase: Foucault, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*; Foucault Michael. *Vigilar y castigar*. 1ª ed., trad.: Aurelio Garzón del Camino, ed.: siglo veintiuno editores.

En segundo lugar, respecto al concepto de validez, sobreviene un fenómeno similar al acontecido con el tema de la legitimidad. Tradicionalmente la validez se ha estudiado en las facultades de derecho en perspectiva de la validez formal, entendida como la estricta correspondencia entre una norma y los procedimientos previamente acordados para su promulgación, y la validez material, comprendida como la correspondencia entre el contenido de la norma y los mandatos de las normas superiores¹⁴. En términos generales, esta sería una forma de comprender el derecho similar a la del profesor KELSEN, en virtud de la cual, los juristas procuran un estudio de lo jurídico ajeno a la moral, a las relaciones de poder, a la política, a la sociología, etc. Lo anterior explica en gran medida que las investigaciones de los abogados se lleven a cabo preferentemente en el campo de la dogmática jurídica tradicional.

Finalmente, vale la pena mencionar que el concepto de eficacia tradicionalmente ha estado relacionado con los estudios sociológicos, razón por la cual, su objeto resulta más complejo de delimitar que los dos anteriores. Con todo, un fragmento del pensamiento de BERGER evidenciará la distancia que existe entre dicha disciplina, de un lado, y la política y el derecho, del otro: “La habilidad del abogado consiste en conocer las reglas según las cuales se estructuran estos modelos (de aplicación legal). Dentro de su marco de referencia sabe cuándo un contrato comercial es válido, cuándo puede hacerse responsable de negligencia al chofer de un automóvil, o cuando ha tenido lugar un estupro. El sociólogo puede observar estos fenómenos pero su marco de referencia será totalmente diferente. (...) A menudo el sociólogo trata con conceptos realmente extraoficiales”¹⁵.

De lo que precede se colige la plausibilidad de la tesis del profesor MEJÍA QUINTANA en el sentido atrás indicado, esto es, que el alto grado de especialidad de algunas disciplinas ha desembocado en la pérdida de sus estatutos epistemológicos (el no análisis desde los problemas de validez, legitimidad y eficacia integralmente). Las investigaciones en el campo de la ciencia política se han preocupado casi que exclusivamente por el problema de la legitimidad como se muestra, por ejemplo, en la obra de FRANCISCO LEAL. Las investigaciones en el campo del derecho han centrado su interés principalmente en el problema de la validez como, por ejemplo,

¹⁴ García Maynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 1ª ed., México, ed.: Porrúa, 1940, p. 37-44

¹⁵ Berger, Peter. *Introducción a la Sociología*. 1ª ed., México, ed.: Limusa, 2009, p. 47-48

en el trabajo de HERNANDO VALENCIA. Y, finalmente, las investigaciones en el campo de la sociología se limitan al problema de la eficacia como es el caso de la obra del profesor LUIS JORGE GARAY¹⁶.

En contraste con la hiper-especialidad de las ciencias sociales, el presente es un modesto trabajo que pretende aproximar el problema de la validez con el problema de la legitimidad, desde las potencialidades que tiene el precedente jurisprudencial y la democracia deliberativa. La relación de estos dos ámbitos con el problema de la eficacia es un asunto que se espera abordar en un próximo trabajo. Por ende, de ser necesario concretizar el alcance del término legitimidad, se estaría de acuerdo con los planteamientos *transdisciplinarios* de HABERMAS, para quien la “*legitimidad significa que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos; un orden legítimo merece el reconocimiento. Legitimidad significa el hecho del merecimiento de reconocimiento de un orden político*”¹⁷.

Adicionalmente, es menester precisar qué se entiende por democracia deliberativa. Para ello resulta ilustrativo el ejemplo traído a colación por el profesor FÉLIX OVEJERO en el artículo *deliberación y democracia*. Imagínese a una copropiedad que debe decidir si en el edificio se debe instalar un ascensor o no. En la asamblea se evidencian, de un lado, propietarios a favor de la iniciativa como, por ejemplo, una señora de la tercera edad que vive en el quinto piso y que debido a su estado de salud ha visto menguada su movilidad; y del otro extremo, propietarios en contra de la idea como, por ejemplo, una pareja de esposos recién casados que han logrado adquirir el inmueble del primer piso con grandes esfuerzos económicos, lo que les imposibilitaría asumir los gastos derivados de la instalación de un dispositivo de tal naturaleza. Estos últimos, respaldados por tres señores multimillonarios que tienen apartamentos en los pisos intermedios a los que van sólo los fines de semana y en época de vacaciones¹⁸.

¹⁶ Mejía Quintana, Oscar. *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. op.cit., p. 1-51

¹⁷ Habermas, Jürgen. *La reconstrucción del materialismo histórico*. Trad.: Jaime Muñiz y Ramón García, 1ª ed., Madrid, ed.: Taurus, 1989, p. 243

¹⁸ Ovejero, Félix. *Deliberación y democracia*. En: Cuervo, Iván. y otros (editores). *El giro deliberativo en la democracia. Teoría y evidencia empírica*. 1ª ed., Bogotá, 2012, p. 33-46

Los procedimientos para la toma de la decisión pueden ser de los más variados. La decisión final la pueden tomar directamente los propietarios, la pueden delegar en algunos representantes, la pueden encomendar al más sabio de la copropiedad, la pueden dejar al azar, etc. Sin embargo, producto de las conquistas liberales, se es consciente que lo ideal es que la decisión sea democrática, esto es, que tenga en cuenta la opinión de las personas potencialmente afectadas con la determinación final. Si se espera un grado mínimo de legitimidad, se deberá tener en cuenta tanto la opinión de la anciana, como la de los multimillonarios y la de la pareja. Con todo, el hecho que la decisión sea adoptada democráticamente, no garantiza que la misma sea la más justa, pues, bajo los supuestos que se han dado a esta altura, lo más seguro es que si se convoca a la votación, al final habrán cuatro votos en contra de la instalación del ascensor –los multimillonarios y la pareja- y uno a favor –el de la mujer de la tercera edad-. La mayoría se impondría a una minoría que ni siquiera ha tenido la posibilidad de exponer sus argumentos. El anterior sería un procedimiento democrático pero no deliberativo.

Ahora bien, supóngase que antes de votar, los participantes son obligados a deliberar. Allí, entonces, los vecinos no sólo deberán votar, sino que además deberán expresar sus argumentos o razones para defender una u otra postura, siendo válidas únicamente aquellas opiniones que se fundamenten en argumentos razonables. Es decir, los multimillonarios deberán justificar por qué se oponen a la construcción del ascensor, sin que sean válidas razones de interés particular tales como “no me veré significativamente beneficiado con él”. En contraste, se deberán auscultar argumentos en pro del interés común. En dicha deliberación, tanto la anciana como la pareja tendrán la oportunidad de captar adeptos a sus argumentos razonables e, incluso, tendrán la posibilidad de cambiar su propia postura si se considera que hay buenos motivos para hacerlo o emerge una tercera opción conciliadora como, por ejemplo, que la anciana permute de apartamento con la pareja (tercera opción que sólo nace si se permite la deliberación). En este último supuesto, la decisión que se adopte será democrática – deliberativa.

Como se desprende del anterior ejemplo, la democracia deliberativa es un estanco superior en la toma de decisiones, porque “asegura la calidad normativa (la justicia, si se quiere) de las decisiones”¹⁹. Dicha calidad normativa se da porque los actores deben justificar sus preferencias,

¹⁹ *Ibidem*. p. 34

lo que les permite evaluarlas y, de ser pertinente, modificarlas ante la presencia de mejores argumentos. Ello supone cierta imparcialidad e igualdad entre los participantes, así como la racionalidad de la argumentación que obliga a justificar la decisión desde la óptica de la justicia²⁰.

A grandes rasgos, la visión de la democracia deliberativa, edificada particularmente por las ideas de HABERMAS, defiende que en la toma de decisiones, la legitimidad depende de un procedimiento confiable para alcanzar decisiones políticas correctas²¹. En palabras de HADDAD LINERO, la democracia deliberativa es “*el conjunto de axiomas, principios y reglas que rigen y delimitan el proceso por medio del cual un grupo de personas libres, iguales y racionales, participan de manera imparcial en la toma colectiva de las decisiones que habrán de afectarles, previo el desarrollo de un proceso argumentativo llevado a cabo en un foro público (...) provisto de una adecuada y suficiente información y limitado por un marco temporal no definitivo*”²². El anterior es el alcance que se brinda en esta investigación al concepto de democracia deliberativa y que, en todo caso, será profundizado en el último capítulo.

Así las cosas, la investigación pretende dar cuenta del fenómeno del precedente jurisprudencial desde una postura, inicialmente, *descriptiva – crítica*, a partir de la cual se evidenciará que la discusión en el derecho colombiano obedece a un modelo que no supera el problema de la validez y, posteriormente, desde una visión *propositiva*, a partir de la cual se argumentará a favor de la incorporación de la democracia deliberativa en la toma de decisiones judiciales como fuente de su legitimidad.

Un gráfico en el que se ilustre lo dicho hasta aquí sería el siguiente:

Forma tradicional de realizar investigaciones en el campo de las ciencias sociales

LEGITIMIDAD

CIENCIA POLÍTICA:
Democracia deliberativa

VALIDEZ

DERECHO: Teoría del
precedente jurisprudencial

EFICACIA

SOCIOLOGÍA:
Efectividad social

²⁰ Ibídem. p. 41

²¹ Marti, José. *La paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa en Nino*. En: García, Leonardo. Cuadernos de investigación. Medellín, ed.: Universidad Eafit., 2011, p. 41-53

²² Haddad Linero, Yebraíl. *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica*. 1ª ed. Bogotá, ed.: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 16.

Forma como se pretende realizar la presente investigación:

LEGITIMIDAD

CIENCIA POLÍTICA

VALIDEZ

DERECHO

EFICACIA

SOCIOLOGÍA:

Democracia
Deliberativa

Teoría del precedente
Jurisprudencial

Efectividad social
(trabajo futuro)

1. PROBLEMA

La discusión sobre la naturaleza y el lugar que ocupa el precedente judicial en el derecho colombiano se ha presentado erróneamente, ya que, en aras de garantizar la igualdad y la seguridad jurídica, se ha entendido al mismo como una fuente de derecho en clave de su vinculatoriedad, tal como lo harían los paradigmas formalistas de la interpretación del derecho; desatendiendo, en consecuencia, el paradigma argumentativo que aboga por la materialización de la democracia deliberativa. Ante tal panorama, emerge la pregunta de investigación sobre la que pretendo reflexionar en esta oportunidad: ¿Cuáles han sido las concepciones sobre la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano y, en caso de obedecer a un modelo formalista primado de la ley o del precedente judicial, de qué manera se debe replantear para que su aplicación sea lo más legítima y deliberativa posible?

2. OBJETIVOS

2.1. GENERAL

Analizar el tratamiento que ha recibido en el derecho colombiano la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial, en aras de establecer las eventuales falencias que ameritarían un

enfoque democrático-deliberativo para la consecución de decisiones judiciales procedimentalmente racionales.

2.2. ESPECÍFICOS

a) Reconstruir de manera crítica el debate en torno al precedente jurisprudencial en el derecho colombiano.

b) Estructurar una propuesta alternativa a la luz del paradigma argumentativo del derecho, metodológicamente respetuoso de una construcción “neo-dogmática” con vocación de materializar un modelo de democracia deliberativa.

c) Examinar críticamente el tratamiento del precedente jurisprudencial en algunas providencias de las Altas Cortes, desde la metodología adoptada en el ordenamiento jurídico para tal fin.

3. HIPÓTESIS

(3.1. síntesis del problema) La concepción tradicional del precedente jurisprudencial ha desatendido, principalmente, los fundamentos y postulados del paradigma argumentativo y deliberativo, los cuales ubican al derecho en sí mismo como un instrumento de persuasión. En ese sentido, en el contexto de democracias deliberativas, el precedente debe ser observado como un argumento más a tener en cuenta al momento de la producción de decisiones judiciales, siendo un error darle un tratamiento de fuente de derecho o trasladando el modelo del *stare decisis* al sistema de estirpe continental colombiano. **(3.2. Síntesis de la solución)** Por tal razón, resulta imperativo afianzar la teoría del precedente jurisprudencial como argumento de necesaria consideración que permita razonar adecuada y legítimamente al operador jurídico en el marco de un aparato judicial deliberativo. Lo anterior, en la medida que se reconozcan las reglas procedimentales de las discusiones jurídicas racionales, los métodos para analizar y evaluar los argumentos, y los métodos para construir justificaciones jurídicas racionales que superen la clásica concepción de la dogmática jurídica.

4. ESTRUCTURA DEL DOCUMENTO

Con el ánimo de evidenciar las razones que sustentan la hipótesis, el presente trabajo está dividido en cuatro grandes capítulos, precedidos de la presente introducción y plan de exposición. En el apartado que ahora concentra la atención del lector, a manera de justificación, se manifiestan los motivos que dieron lugar a la investigación, se plasma expresamente el problema y la hipótesis de trabajo, se diseña la estructura del texto y, finalmente, se reflexiona en torno al método, metodología y acciones investigativas.

En el primero, segundo y tercer capítulo se tratará de dar cuenta del estado del arte del problema. Allí se describirán las teorías hegemónicas que han influenciado al derecho colombiano. De lo que se trata es que el lector se aproxime a las tesis que defienden y rechazan la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial desde una perspectiva descriptiva y crítica, lo que explica que en dichos apartes se realicen reflexiones en torno a la influencia de fenómenos disímiles, tales como el *ius positivismo* e *ius naturalismo*, “formalismo” y “antiformalismo”, razonamiento jurídico, entre otros.

En el cuarto capítulo se desarrollará el marco teórico a partir del cual se estima que la vinculatoriedad del precedente judicial es una discusión que debe ser dada a partir de la democracia deliberativa. A tal altura se sostendrá que los jueces deben observar los aportes de la filosofía política, particularmente los relacionados con las reglas procedimentales de las discusiones jurídicas racionales, los métodos para analizar y evaluar los argumentos, y los métodos para construir justificaciones jurídicas racionales que superen la clásica concepción de la dogmática jurídica.

5. MÉTODO, METODOLOGÍA Y ACCIONES INVESTIGATIVAS

5.1. La metodología que se adoptará en el presente trabajo será la de la tópica jurídica, cuyos primigenios avances se reconocen a los autores clásicos Aristóteles y Cicerón.

5.1.1. El primero de ellos afirma que la tópica se concentra en el arte de disputar y que, para una mejor comprensión de la misma, se deben diferenciar los argumentos dialécticos, relacionados

tradicionalmente con la retórica en el marco de lo meramente opinable, de los argumentos apodícticos o demostrativos, que se refieren al campo de la verdad para los filósofos²³.

La gran diferencia entre dicho tipo de argumentos consiste en la naturaleza de las premisas, lo cual no debe limitar el adecuado conocimiento del mundo y, por ende, Aristóteles se ocupa, además de la inducción y del silogismo –aplicables al conocimiento apodíctico-, del descubrimiento de las premisas, de la distinción de los sentidos de las palabras, del descubrimiento de géneros y especies, y del descubrimiento de analogías²⁴. Lo anterior con el objetivo de que las conclusiones dialécticas sean también formalmente correctas²⁵.

En palabras de Aristóteles: “nuestro tratado se propone encontrar un método con arreglo al cual, partiendo de proposiciones opinables, sea posible formar silogismos sobre todos los problemas que pueda plantearse y evitar las contradicciones cuando es necesario sustentar un discurso, esto es, exponer un problema cualquiera, y se puedan formular conclusiones válidas *ex endexoni* (partiendo de opiniones que parecen ser generalmente aceptadas) para atacar o defender”²⁶.

5.1.2. En lo que respecta a Cicerón, cabe anotar que en su obra existe un rechazo a la diferenciación entre lo apodíctico y lo dialéctico, para, en su lugar, distinguir entre la invención y la formación del juicio²⁷. De allí que sea dable diferenciar dos etapas en la tópica del maestro romano:

La primera de ellas consiste en la selección de las premisas. Lo trascendental es encontrar los puntos de vista, argumentos, opiniones, incluyendo lo inverosímil e incluso lo que puede parecer irrelevante sobre un tema en particular. Esta es una de las funciones que tradicionalmente se la ha reconocido a la tópica jurídica. En esta primera etapa se deben elegir las premisas que, por lo general, tienen el carácter de aceptables o comunes en una rama del saber, también conocidas como “*loci communi*”.

²³ Viehweg, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. de Luis Diez Picazo Ponce de León, 1ª Ed., Madrid, Ed. Taurus, título en Alemán: *Topikundjurisprudenz*. 1963, p. 29-36

²⁴ Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 1ª Ed., México D.F., Ed: Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica No 134 UNAM, 2003, p. 33

²⁵ *Ibíd.*, p. 32

²⁶ Viehweg, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*, op.cit., p.34-35

²⁷ Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op.cit., p. 33

En la segunda etapa se hace uso de las premisas del primer nivel para tratar de dar una solución a los problemas, pues la tópica jurídica se caracteriza porque emprende un estudio a partir de problemas antes que de conceptos. Por ello se dice que a esta altura se materializa la formación de juicio, ya que se trata de dar el paso de las premisas a la conclusión, lo cual, por regla general, acontece después de haberse establecido cuáles de aquellas resultan más plausibles o aceptables académicamente.

5.2. Ahora bien, una vez esbozado *grosso modo* los postulados de la tópica griega, propia de la retórica y que, según VIEHWEG, fue aplicada en el *ius civile* y en el *mos italicus*, es pertinente destacar que el autor alemán rechaza la exclusión de dicho método del pensamiento moderno porque, siguiendo a VICO, su olvido “produce pérdida de penetración, marchitamiento de la fantasía y de la retentiva, pobreza del lenguaje e inmadurez de juicio: una depravación de lo humano”²⁸. A la égida de lo anterior, sostiene que la tópica supera las desventajas atrás mencionadas y enseña a examinar un estado de cosas desde ángulos muy diferentes y, por tanto, a encontrar una trama de puntos de vista que deben ser tenidos en cuenta por el método deductivo sistemático²⁹.

Así las cosas, VIEHWEG autodefinirá la tópica como “una técnica del pensamiento problemático, que fue desenvuelta por la retórica y que es el desarrollo de una contextura espiritual que incluso entre particulares se distingue en una forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático”³⁰.

Tal como puede avizorarse, “el punto más importante en el examen de la tópica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema”³¹, lo que no significa que ésta sea totalmente opuesta al método sistemático, pues estos muchas veces deben complementarse. Tópica es el arte de tener presente en cada situación vital las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso, bien entendido en ambos sentidos

²⁸ Viehweg, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*, op.cit., p. 22

²⁹ *Ibíd.*, p. 28

³⁰ *Ibíd.*, p. 25

³¹ *Ibíd.*, p. 49

tanto las razones a favor como las razones en contra³². En algunos casos se presenta un problema y podemos apelar a un sistema para solucionarlo, pero también pueden coexistir muchos sistemas que dan directrices sin que haya un “meta-sistema” que garantice un orden³³, por lo que la única opción plausible resulta ser acudir al criterio de justicia en cada caso en concreto³⁴.

5.3. Teniendo en cuenta lo anterior, se logran superar muchas de las críticas que se han emprendido contra la tópica jurídica y que, las más de las veces, lejos de ser un ataque a sus postulados básicos, son intentos por avanzar en la epistemología del derecho desde los puntos de partida que ha dado el mismo VIEHWEG.

5.3.1. Como primera crítica a la tópica jurídica se encuentra la postura de ALFLEN DA SILVA, quien en su texto *Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial* afirma que, la jurisprudencia no debe ser entendida desde una perspectiva que refute una postura aporética, sino como discusión de problemas desarrollados en la dicotomía pregunta-respuesta. Desde su punto de vista, la tópica no se debe encargar de los problemas sino de las soluciones, porque en la manera como ha sido propuesta, la misma impide la sistematización al negar el desdoblamiento del pensamiento consecuentemente lógico. Concluye afirmando que no se debe permitir una democratización radical que separe al sistema de la realidad, puesto que el carácter lógico del sistema se encuentra *a priori* y son muy pocos los casos aquellos donde debemos acudir a lo justo del caso en concreto. En otras palabras, sólo en los casos difíciles es donde se debe acudir al criterio de justicia, mientras que en los casos fáciles se debe acudir al modelo lógico deductivo³⁵.

No obstante, tan respetable observación desatiende uno de los puntos de partida que el mismo VIEHWEG puso de presente al inicio de su obra. Aquel punto de partida consiste en que las normas (puntos de partida en el derecho), incluso cuando se debían aplicar para resolver casos

³² Respecto al uso de la tópica en estudios relacionados con jurisprudencia ver: Taruffo, Michelle. *precedente y jurisprudencia*. Trad.: Claudia Martínez y Fernando Gandini. Publicación digital consultada en: http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&ved=0CCoQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.icesiaotronivel.com.co%2Fprevistas%2Findex.php%2Fprecedente%2Farticle%2Fdownload%2F1434%2F1831&ei=-bT5VNC8IcnZsATs_4HwDw&usg=AFQjCNH9pHfKM3-xA6XrljGp5BEvjuzvFg (6.3.2015)

³³ Viehweg, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*, op.cit., p. 50

³⁴ *Ibid.*, p. 129

³⁵ Alflen Da Silva, Kelly Susane. *Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial*. 1ª ed., Título en original hermenéutica jurídica e concretizacao judicial, trad.: Humberto Orduz Maldonado, Ed.: Temis, Bogotá, 2006, p. 147-148

fáciles, no pueden ser catalogadas como verdaderas o falsas (*primum verum*), pues en el derecho se debe acudir a los *sensus communis*, entre otras razones, porque después de la posguerra es inaceptable continuar venerando a la autoridad y/o a la ley sin valorar el carácter axiomático y justo de su aplicación en cada caso en concreto.

5.3.2. Aunado a lo anterior, el profesor ATIENZA ha puesto de presente que las principales críticas que se han dirigido contra la tónica se concentran en torno a la ambigüedad de muchos de sus postulados, tales como, por ejemplo, el concepto mismo de tónica, de problema y de topoi. Así mismo, se le acusa de pretender mostrar una contradicción tajante entre, de un lado, tónica jurídica y, del otro, sistema y lógica³⁶.

Ante esta última postura, se estima que la misma obedece a una pretensión de retornar a la precisión conceptual que la misma tónica jurídica trató de rechazar. Precisamente la ambigüedad que se da en el campo de la tónica jurídica es la que permite que las leyes sean susceptibles de interpretación e incluso permite que, en algunos casos, sean inaplicadas cuando se consideren inconstitucionales. El hecho de que las normas constitucionales tenga el carácter de abstractas no niega la posibilidad de construir un sistema³⁷.

No genera dudas que la teoría de VIEHWEG presenta yerros como, por ejemplo, cuando anhela arribar a una única respuesta correcta, pues ello mismo es una contradicción con sus puntos de partida; sin embargo, la introducción de aspectos valorativos, tales como la justicia para la resolución de casos en concreto, es altamente plausible en la medida que los operadores jurídicos deben abogar por la justicia material en cuanto máxima de un Estado social de derecho.

5.4. Siendo consciente de las múltiples críticas que recaen sobre la tónica jurídica, y que se espera haber justificado porque, no obstante aquellas, se propone a esta como metodología para el presente trabajo de investigación, se procede a justificar su aplicación en el documento que se desarrollará.

³⁶ Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op.cit., p. 37-38

³⁷ López Medina, Diego Eduardo. *Interpretación constitucional*. 2ª ed., Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, Bogotá, 2006, p. 44

La razón principal para orientarse hacia dicha metodología consiste en la existencia de varias premisas más o menos plausibles sobre la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial en Colombia. La tónica tiene la virtud de ponernos en el campo de la *disputa*, rechazando con ello el método de conocimiento/raciocinio apodíctico, el cual, parte de la deducción lógica, es decir, silogismos y la experimentación empírica³⁸; y, en su lugar, buscar la aplicación del racionalismo dialéctico como método en la investigación jurídica.

Lo anterior permitirá dejar de lado el criterio de autoridad en cuanto a la discusión sobre la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial y, particularmente, abandonar la idea en torno a la jurisprudencia como fuente de derecho, para, en su lugar, abogar por un criterio de jurisprudencia como argumento a tener en cuenta al momento de resolver casos en concreto.

En otras palabras, la metodología propuesta permitirá movilizarse entre los postulados de la filosofía del derecho y de la filosofía política que se consideren más racionales y adecuados, esto es, tanto los que se aducen a favor como los que se aducen en contra de la vinculatoriedad del precedente. Así las cosas, se realizará un ejercicio de argumentación lo más honesto posible con el lector. Entonces, el ideal es la construcción de una telaraña argumental en la que haya el análisis y la evaluación de los postulados que se deben tener en cuenta en la construcción de una teoría argumental del precedente jurisprudencial.

Apelar a la tónica jurídica es el camino mediante el cual se puede elaborar una tesis como la que aquí se propone. Específicamente, se retomarán las dos fases propuestas por Cicerón de manera previa (apartado 5.1.2.). **En una primera fase** se seleccionarán los puntos de vista, los argumentos y las opiniones que se han elaborado en torno a la idea del precedente jurisprudencial y se argumentará a favor de aquellas que se consideran más aceptables. Este procedimiento es la búsqueda de los “*loci communi*”. **En la segunda etapa** se hace uso de las premisas del primer nivel para tratar de solucionar los problemas que emergen del actual tratamiento del precedente judicial en el derecho colombiano, a partir de aquellas premisas que

³⁸ De Sousa Santos, Boaventura. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, 1ª ed., Ed.: ILSA, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 1991.

resultan más plausibles o aceptables académicamente. Este procedimiento ayudará a la formación del juicio³⁹.

5.5. De otro lado, en cuanto al método que se va a desarrollar, será pertinente realizar la siguiente aclaración:

En un primer momento, como método se propone la hermenéutica de primer y de segundo nivel, cuyas características básicamente son descripción bibliográfica, sistematización de la misma e identificación de matrices en torno a la discusión del precedente jurisprudencial y su repercusión en la teoría del derecho y la teoría política, respectivamente. Esta primera etapa se identifica con el establecimiento del estado del arte y con la consolidación del marco teórico.

En cuanto a la hermenéutica de primer nivel, lo que se propone, básicamente, es que luego de realizar la respectiva recopilación de información, acción que se adelanta en una etapa previa al proceso investigativo, se debe proceder a interpretar todos los argumentos que se han edificado en torno al precedente jurisprudencial. Una vez se haga dicha comprensión, la idea es hacer una presentación esquemática y estructural de los mismos para que el lector identifique los conceptos y elementos centrales que se deben tener en cuenta para una comprensión genérica de la problemática. Sólo en esta medida se podrá tener un cabal conocimiento del tema y se permitirá al lector aproximarse al mismo de una manera más sencilla.

En cuanto a la hermenéutica de segundo nivel, vale la pena aclarar que en ella debe existir una buena comprensión del fenómeno del precedente y, adicionalmente, de la teoría argumental del derecho y de la democracia deliberativa. Sólo cuando se tenga tal manejo, se podrá proceder a establecer matrices, que no será cosa diferente a aplicar la tópica jurídica, pues la idea es intercalar perspectivas, conocimientos y/o argumentos para, con ello, edificar una nueva tesis

³⁹ “Para Hegel, el camino de la formación humana es una forma de pensamiento y un proceso que consiste en la superación de la singularidad natural; en la apertura, elevación, donación a lo universal y *apropiación* mediante un padecer y experimentar la *inversión*” Tomado de: Sopó, Ana María. *El concepto hegeliano de formación. Una aproximación*. En: Revista Logos No 12, julio - diciembre de 2007, p.44. Para observar un texto que apela a la tópica jurídica como metodología se sugiere: Acuña Vizcaña, José Francisco. *Tópica jurídica en el caso de judicialización de adolescentes desvinculados del conflicto armado*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Universidad Nacional de Colombia, 2013, p. 13-14

que permita el estudio del fenómeno jurídico de una manera alternativa a la ya propuesta y con ello contribuir en la construcción de ciencia.

Ahora bien, en un segundo momento se propone la validación de la hipótesis en cuanto a los problemas de asumir el precedente jurisprudencial como fuente de derecho y la necesidad de observar al mismo como un argumento a tener en cuenta al momento de tomar decisiones. Para ello se realizará un análisis hermenéutico de primer y de segundo nivel de algunas sentencias de la Corte Constitucional, por lo que se hará un trabajo de archivo en la mencionada corporación judicial, tratando de seleccionar solo aquellas decisiones fundamentales por su trascendencia y argumentación jurídica.

II. CAPÍTULO 1. TESIS A FAVOR DE LA VINCULATORIEDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA - PARTE I-

1. ENTRE EL FORMALISMO JURISPRUDENCIAL Y UNA TEORÍA ARGUMENTAL DEL PRECEDENTE: LA TESIS DEL PROFESOR LÓPEZ MEDINA

El profesor LÓPEZ MEDINA es, sin lugar a dudas, uno de los constitucionalistas colombianos más influyentes en el derecho nacional e internacional contemporáneo. El “*derecho de los jueces*” es la obra que catapultó al autor colombiano en el ámbito intelectual, alcanzando el reconocimiento de importantes autores provenientes de otras latitudes⁴⁰. En ella se realiza un estudio sobre el valor del precedente jurisprudencial en el derecho colombiano, analizando factores históricos, políticos, culturales, teóricos, legales y, por supuesto, jurisprudenciales. El referido texto cuenta con dos ediciones: La primera del año 2000 y la segunda data del 2006, esta última, según el propio autor, sin cambios sustanciales respecto a la versión original.

En atención a la importancia del autor y su obra, así como la relación directa entre las temáticas abordadas en esta última y el objeto de la presente investigación, resulta evidente la necesidad de realizar una reflexión en torno a dicho texto. Para alcanzar tal objetivo, se sugiere acudir a la fuente primaria, pues abundan las interpretaciones que acusan al profesor LÓPEZ MEDINA de ser un acérrimo “anti-formalista”, defensor de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial en el derecho colombiano⁴¹, lo cual, en aras de la transparencia académica, amerita ciertos matices que se aspiran lograr poner de presente en este trabajo.

De la lectura minuciosa del texto se establece una contradicción entre la propuesta de análisis jurisprudencial que elabora y la filosofía del libro, razón por la cual, se sostendrá que la tesis del profesor colombiano evidencia una pugna entre el formalismo jurisprudencial, de un lado, y la teoría argumental y crítica del precedente, del otro; tendiendo la balanza a inclinarse hacia la primera, contrario a lo que tradicionalmente se ha creído. En ese sentido, lo que se pretende demostrar es que la metodología propuesta por LÓPEZ MEDINA, esto es, la reconstrucción de

⁴⁰ Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación jurídica*. 1ª Ed., Madrid, Ed.: Trotta, 2013, p. 86 - 95

⁴¹ Tamayo Jaramillo, Javier. *El Precedente Judicial en Colombia. Papel y Valor Asignados a la Jurisprudencia*. 1ª Ed., Bogotá, Ed.: Ibañez, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 2012, p. 105

líneas jurisprudenciales (análisis dinámico) y estudio de sentencias individualmente consideradas (análisis estático); si bien tiene en cuenta los postulados de la teoría argumental y crítica del precedente, resulta siendo “formalista” por cuanto no los desarrolla cabalmente. Particularmente, se intentará demostrar que la propuesta es avalorada porque omite reflexionar sobre el contenido y la legitimidad del precedente jurisprudencial como tal.

En primer lugar, para evidenciar la influencia del formalismo jurisprudencial, se presentará el texto tal como se acostumbra a hacer en las facultades de derecho, esto es, sugiriendo abordar únicamente los apartes relacionados al análisis estático y dinámico del precedente jurisprudencial (capítulos 2 y 3 de la primera edición y capítulos 5 y 6 de la segunda). No existe dubitación alguna en afirmar que estos dos fragmentos son los más afamados del *derecho de los jueces*, no solo porque sean ampliamente difundidos en las aulas, sino también porque han sistematizado el “deber ser” del análisis de sentencias y de la reconstrucción de líneas jurisprudenciales⁴².

En segundo lugar, para evidenciar la influencia de la teoría argumental y crítica del precedente, se hará una presentación de los demás capítulos de la obra, ejercicio para el cual, se preferirá la segunda edición en cuanto presenta una visión más amplia de la que se tenía sobre el tema en la primera. A partir de esta presentación se pondrá en evidencia una postura teórica muy diferente a la que se infiere de la propuesta de reconstrucción jurisprudencial.

Todo lo anterior antecedido de una aclaración previa, la cual tiene como principal objetivo guiar el uso de algunos términos que tradicionalmente han sido empleados con un alto grado de imprecisión en la cultura jurídica colombiana.

1.1. ACLARACIÓN PREVIA

Tal como se desprende del sub-título con el que se ha nominado el presente apartado, la tesis que se pretende defender es que el profesor LÓPEZ MEDINA realiza una teoría en torno al precedente jurisprudencial que favorece principalmente una visión formal y avalorada del

⁴² Arturo Dorado, Néstor Raúl; Cuchumbé Holguín, Nelson Jair. *Argumentación jurídica y Análisis Jurisprudencial. Manuales de convivencia y comportamientos éticos y estéticos de los educandos*. 1ª Ed., Santiago de Cali (Colombia), Ed.: Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p.: 59 – 110. Olano García, Hernán Alejandro. *Hermenéutica Constitucional*. 1ª Ed., Bogotá, ed.: Ibáñez, 2009, p. 187-216

mismo, tal como se desprende de algunos fragmentos y caracterizaciones generales de sus obras. Las razones que sustentan tal postura son las siguientes: En primer lugar, la búsqueda de “*la sub-regla jurisprudencial*” desconoce la necesidad y conveniencia de diferenciar entre “reglas” y “principios”, aporte que se atribuye a la discusión sostenida entre el inglés HART y el norteamericano DWORKIN. En segundo lugar, la propuesta de análisis jurisprudencial que propone, esto es, el análisis dinámico y estático, resulta ser profundamente lógica y avalorada porque no se preocupa por la legitimidad de las decisiones de las Altas Cortes. Su preocupación claramente consiste en identificar “*la sub – regla jurisprudencial*”, mas no en establecer la legitimidad política o moral de las mismas, razón por la cual, el método puede resultar inconveniente en cuanto podría obligar a los jueces de inferior jerarquía a reproducir “*ratios decidendis*” contrarias a los valores constitucionales.

Antes de adentrarse en los argumentos que edifican la tesis por la que se aboga, resulta menester precisar qué se entiende por “formalismo jurisprudencial” y “una teoría argumental del precedente”. Para ello se preferirá un método analítico y, por ende, se propondrá un análisis conceptual a partir de la descomposición de las expresiones⁴³, esto es, un estudio de lo que se entiende por “formalismo/antiformalismo”, “jurisprudencia/precedente” y “teoría argumental del precedente”.

1.1.1. Para comprender el alcance que se le brinda a la expresión “formalismo”, resulta esencial poner sobre la mesa la dicotomía “formalismo” y “antiformalismo”. Lo primero que se debe advertir es que en el campo de la teoría jurídica dichas expresiones no reciben un tratamiento unívoco. Así, por ejemplo, existen autores que identifican el “*ius positivismo*” y el “*ius naturalismo*” con el “formalismo” y el “antiformalismo”, respectivamente⁴⁴. El profesor BOBBIO advierte de tal situación cuando sostiene que “las dos nociones de formalismo y positivismo jurídico coinciden respecto de la extensión y que de hecho son a menudo usadas

⁴³ Lopera Echavarría, Juan Diego; Ramírez Gómez, Carlos Arturo; Zuluaga Aristizabal, Marda; y Ortiz Vanegas Jennifer. *El método analítico como método natural*. En: Revista Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. 2010 – 1. Publicación digital consultada en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/25/juandiegolopera.pdf> (10.2.15)

⁴⁴ Para el caso colombiano, una obra que evidencia dicha Bonorino, Pablo Raúl. Peña Ayazo, Jairo Iván. *Filosofía del Derecho*. 2ª ed., Bogotá, ed.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, p. 19 – 60. El texto que se acaba de referenciar propone un estudio sobre los paradigmas de la filosofía del derecho a partir de un caso problemático de interpretación jurídica.

como si fueran sinónimas”⁴⁵. Para este grupo de autores, los que equiparan tales conceptos, la clásica discusión de la teoría del derecho se reduce al problema de la decisión judicial y, por consiguiente, al problema de la interpretación del derecho. Desde esta concepción, el “antiformalismo” -equivalente al *ius naturalismo*-, se caracteriza por el reconocimiento de “la existencia de principios de moralidad eternos y universalmente verdaderos”, cuyo contenido “es cognoscible por el hombre empleando las herramientas de la razón humana”. Motivo por el cual, bajo estos presupuestos, el “antiformalismo” sería aquella corriente que permite al juez la eventual inaplicación de una ley positiva cuando no haya “concordancia (...) con lo que establecen dichos principios (de moralidad eternos y universalmente verdaderos)”. En sentido contrario, el “formalismo” -equivalente al *ius positivismo*- niega, en su concepción más generalizada, la existencia de principios morales eternos y universalmente verdaderos, así como la capacidad cognitiva del hombre para aprehenderlos. Lo anterior significa que el “formalismo”, desde esta perspectiva, rechaza que se pueda dejar de aplicar una norma positiva aduciendo la existencia de dichos principios morales, porque no existe relación conceptual entre derecho y moral o, lo que es lo mismo, no existe un vínculo entre el derecho y un “derecho natural subyacente” por cuanto el primero se ve como “puro”, “incontaminado” y “científico”⁴⁶.

Por otra parte, se encuentran quienes equiparan el “formalismo” con la “*exégesis*” y el “antiformalismo” con el “*libre activismo judicial*”. Este segundo grupo de autores, a diferencia del primero, no se preocupa por reducir la controversia entre “*ius positivistas*” e “*ius naturalistas*” a la decisión judicial, sino que reconoce tácitamente que el problema de la “formalidad” debe explorarse en el campo de la interpretación jurídica. Concretamente, CARRILLO DE LA ROSA defiende la idea que cuando no hay interpretación literal nos encontramos en presencia del “antiformalismo”, lo que explica, por ejemplo, el porqué para dicho autor la teoría de los conceptos alemana claramente enmarca en el “antiformalismo”⁴⁷. A partir de tal reconocimiento, los esfuerzos se dirigirán a sostener que los métodos de

⁴⁵ Bobbio, Norberto. *Problema del positivismo jurídico*. Publicación digital consultada en: http://cv.uoc.edu/mat/03_001/Teod4-1.htm (14.4.15)

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 23

⁴⁷ Carrillo de la Rosa, Yezid. *El problema de la validez y del actual sistema de fuentes en el derecho colombiano*. 1ª ed., Cartagena, ed.: Universitaria Universidad de Cartagena, 2012, p. 39

interpretación son los llamados a dar contenido a la categoría “formalismo”⁴⁸. En esa línea argumental, MORA RESTREPO precisa que el término “formalismo” se relaciona con aquellos “jueces que consideran que todo problema jurídico está contenido y determinado, de modo predominante o exclusivo, por reglas de origen legislativo debidamente promulgadas. Mientras que los anti-formalistas son aquellos jueces que defienden un espacio amplio de juzgamiento jurídico, una mayor libertad en la comprensión de la realidad del derecho, junto con un papel predominante de los jueces”⁴⁹.

El primer y más famoso método de interpretación fue el deductivo. El éxito de la aplicación del método deductivo en el campo del derecho obedece a razones políticas y epistemológicas. En cuanto a las primeras cabe destacar que los ilustrados de las revoluciones burguesas, en un legítimo afán por evitar la concentración del poder, sostuvieron que “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”⁵⁰. En ese mismo sentido: “a quien corresponde hacer la ley es al parlamento; los jueces deben limitarse a aplicarla, para evitar el despotismo y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales”⁵¹. En cuanto a las segundas, las razones epistemológicas, resulta innegable la influencia del positivismo científico en el campo del derecho, pues se tuvo la idea de que la actividad judicial se reducía a la aplicación del silogismo jurídico, en el que la ley era la premisa mayor, los hechos eran la premisa menor y la sentencia era la conclusión⁵².

La confluencia de las razones políticas con las epistemológicas conllevó a que la exégesis se convirtiera en el método de interpretación en el derecho por excelencia. La importancia del método exegético resulta innegable en el campo jurídico, sin embargo, resulta desafortunado equipararlo con el “formalismo”. Como acertadamente lo expresan los profesores UPRIMNY y

⁴⁸ Dentro de este grupo de autores se destaca: Plazas Vega, Mauricio. *El Realismo Jurídico*. En: *Hermenéutica Jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Ediciones Rosaristas, 1997, p. 171

⁴⁹ Mora Restrepo, Gabriel. *Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces, teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. 1ª Ed., Buenos Aires, Ed.: Marcial Pons. 2009, p. 74

⁵⁰ Montesquieu, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede. *Del espíritu de las leyes*, trad.: de M. Blazquez y P. de la Vega, Ed.: Tecnos, Madrid, 1972, p. 156

⁵¹ Plazas Vega, Mauricio. *El Realismo Jurídico*. op.cit., p. 171

⁵² Pérez Lledó, Juan Antonio. González Lagier, Daniel. *Apuntes sobre la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX: De la escuela de la exégesis a Ronald Dworkin*. Publicación digital consultada en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20557/1/APUNTES_DE_FILOSOFIA_DEL_DERECHO.pdf (1.11.14)

RODRÍGUEZ, existieron otros métodos que resultaban profundamente formalistas sin ser exegéticos –en ello se separan de la opinión de CARRILLO DE LA ROSA-. Ese es el caso de la jurisprudencia de conceptos, cuyo máximo exponente sería el profesor IHERING⁵³ y que, básicamente, sostenía que “el derecho es un sistema coherente, por lo cual era posible resolver racionalmente todos los problemas jurídicos a través de una combinación de aquellos conceptos que habían sido construidos y jerarquizados en forma estrictamente formal a partir del material jurídico”⁵⁴. Así las cosas, resulta evidente que equiparar el “formalismo” al método interpretativo de la “exégesis” no resulta acertado por cuanto entre los dos existe una relación de género – especie: Toda interpretación exegética se considera “formalista”, pero no toda interpretación “formalista” es necesariamente exegética. La misma reflexión resulta aplicable a la relación “antiformalismo” y “libre activismo judicial”, pero por limitaciones de espacio no se profundizará en esta última.

Bajo ese panorama, entonces, resurge la pregunta: ¿Qué se debe entender por “formalismo”? La respuesta debe ser examinada en el razonamiento jurídico. En contraposición a las tesis que reducen la clásica discusión de la filosofía del derecho a la decisión judicial y, por ende, reducen el “formalismo” y el “antiformalismo”, al “*ius positivismo*” y al “*ius naturalismo*”, respectivamente; así como las tesis que equiparan el “formalismo” con la “exégesis” y el “antiformalismo” con el “libre activismo judicial”; existe una tercera opción que presenta el profesor PRIETO SANCHÍS en su texto *ideología e interpretación jurídica*. El autor español eleva una muy importante reflexión para la ciencia jurídica que, sin lugar a dudas, cualquier interesado en aspectos de teoría del derecho debería conocer. El punto de partida es que no está bien equiparar “*ius naturalismo*” con “voluntarismo” e “*ius positivismo*” con “racionalismo”. En un primer momento, ambas corrientes filosóficas parecieron estar atadas con estos conceptos, sin embargo, se pierde de vista que en la esencia del “*ius naturalismo*” existía el interés de “descubrir” o “evidenciar” los principios universalmente dados, es decir, su preocupación nunca fue la interpretación de tales principios, pues, citando a VOLTAIRE, los jueces realizaban una labor científica de aplicación del derecho que solo era posible en la medida que la misma no

⁵³ “El antecedente inmediato de la jurisprudencia conceptual es la Escuela Histórica Alemana del siglo XIX (cuyo principal representante (...) es Savigny.” Al respecto: Flores Ávalos, Elvia Lucía. *Jurisprudencia de conceptos*. Publicación digital, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/16.pdf> (21.4.15)

⁵⁴ Uprimny Yepes, Rodrigo. Rodríguez, Andrés Abel. *Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación*, 2ª ed., Bogotá, ed.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, p. 108

conllevara interpretación. La interpretación no es algo sobre lo que recaigan los estudios científicos⁵⁵.

A la égida de tal postura, tanto en el “*ius naturalismo*” como en el “*ius positivismo*”, la razón estuvo en la creación del derecho y nunca en su interpretación. Ello implicó que se considerara al derecho como algo “racional” y nunca “volitivo”. Empero, cuando se pretendía auscultar más allá de los mandatos legales, se caía en la justificación liberal del contrato social, lo que generó como factor común que siempre el último estanco del razonamiento era una voluntad política. Ello conllevó al inaplazable reconocimiento de una ciencia jurídica derivada de las voluntades humanas. Al reconocerse que el derecho era producto de una voluntad, y no de la razón como tradicionalmente se había creído, la ciencia jurídica no tuvo más alternativa que confiar en la voluntad del soberano durante el proceso de emisión de las leyes, pero mantuvo la idea que en la aplicación de aquellas se debía seguir haciendo uso de la razón, motivo por el cual, el juez se continuó considerando como un sujeto lógico, antes que político⁵⁶. Ante tal panorama, se generó el caldo de cultivo propicio para la existencia de la exégesis o positivismo legalista (pre-kelseniano) y las corrientes históricas o románticas alemanas.

Tanto en Francia a través de la exégesis, como en Alemania mediante el historicismo, el juez fue depositario de un razonamiento “formalista”, porque bien fuese a través del “legocentrismo” o del “conceptualismo”, el operador jurídico debía subsumir unos supuestos de hecho en una norma general para arribar a una conclusión lógica y científica. Las primeras tenían una confianza en la plenitud y perfección de la ley, mientras que las segundas, rechazando enfáticamente tales postulados, aceptaban la incursión de elementos dados desde afuera. En efecto, resulta muy ilustrativo que los alemanes reconocieran que “el derecho es ahora un fenómeno social, histórico, cambiante (...)”⁵⁷.

El gran aporte del historicismo alemán, se reitera, fue la inclusión al razonamiento jurídico de elementos dados desde afuera. Dicha corriente reconoció que ante los vacíos de la ley, el juez debía aplicar “principios” o “conceptos” ofrecidos generalmente, aunque no de manera

⁵⁵ Prieto Sanchís, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*. 1ª ed., Madrid, ed.: tecnos, 1987, p. 22

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 26-27

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 28

exclusiva, por los doctrinantes y los teóricos del derecho. En todo caso, una vez el juez descubría tales conceptos, su aplicación debía realizarse de manera silogística. “la ciencia jurídica dejará de ser una actividad constructiva para convertirse en receptiva y ordenadora de un material jurídico que viene dado desde fuera”⁵⁸. Todo lo anterior explica que la razón se desplace del campo de la creación al de la interpretación del derecho⁵⁹, lo que a la postre arrojará como resultado el reconocimiento expreso de que, interpretar es descubrir el significado de la norma, que el derecho siempre ofrecerá respuestas correctas, y que los jueces, si bien son técnicos, en casos muy específicos tienen la potestad de crear derecho.

En palabras de PRIETO SANCHÍS. “La exegesis, bajo la presunción de la plenitud del sistema legal y con el auxilio de los métodos de interpretación, consigue mantener el mito del juez plenamente racional y vinculado. Los seguidores de SAVIGNY constatan la artificialidad e insuficiencia de la ley y proponen una investigación a través del espíritu jurídico nacional expresado en la historia, pero ello para admitir seguidamente que el intérprete puede encontrar reglas jurídicas que estaban en ese espíritu aunque no hubiesen llegado a manifestarse mediante la ley o la costumbre. La responsabilidad creativa no corresponde al intérprete, que se ha limitado a seguir la genealogía de los conceptos o a utilizar los métodos de interpretación según modelos deductivos y racionales, sino que se endosa a la voluntad del legislador, el espíritu objetivo de la ley o al *volkgeist*”⁶⁰.

Ahora bien, la razón encuentra sendas críticas por parte del sociologismo, el realismo y la escuela del derecho libre, entre otras. Desde tales movimientos se permitió mayor libertad al funcionario judicial al momento de la aplicación de las normas, se le exigió atender sus finalidades, se le exhortó para que buscara la justicia del caso concreto y, en casos extremos, se le reconoció un poder superior a la ley positiva. Por influencia de las críticas a las ideas de la ilustración, los intelectuales de la época catalogaron al derecho como “irracional”, cuyo método debe distar de una lógica formalista. Relata PRIETO SANCHÍS que si el derecho es producto de sentimientos, mal podría exigirse fallos enteramente científicos⁶¹.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 28

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 29

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 31

⁶¹ *Ibíd.*, p. 37

Todo lo anterior permite que el profesor español concluya que, si bien no existe un concepto uniforme sobre el contenido de la expresión “formalismo” y “antiformalismo”, es dable reconocer que *el primero es un movimiento que acepta la plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación silogística de las normas o, en su versión más avanzada, la construcción sistemática de conceptos*. En contraste, el segundo *es un movimiento que niega la referida plenitud, la interpretación lógica de normas y la construcción sistemática de conceptos*.

A manera de conclusión, la diferencia entre “formalismo” y “antiformalismo” consiste en un problema de razonamiento judicial. En este trabajo se seguirá la tesis del profesor PRIETO SANCHIS y las conclusiones a las que arribó, sintetizadas en el párrafo que precede estas líneas. El propósito de la somera reconstrucción teórica realizada consistía en que el lector no recayera en el común error de confundir dichos conceptos con “*ius naturalismo*” e “*ius positivismo*” o “exégesis” y “escuela del derecho libre”. Se espera que, a partir de este primer punto, se comprenda el verdadero alcance de la crítica que se eleva contra algunos autores colombianos, particularmente frente aquellos que defienden la tesis de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial en el derecho colombiano.

1.1.2. Al igual que acontece con las expresiones formalismo/antiformalismo, la delimitación de los términos jurisprudencia/precedente no resulta una labor sencilla. Algunos autores han intentado definiciones independientes de cada uno de los conceptos, sin que sus esfuerzos alcancen la uniformidad deseada, bien sea por gran generalidad o por minuciosa especificidad. Así, por ejemplo, en lo que se refiere al término “jurisprudencia”, algunos consideran que este corresponde con la definición de la “ciencia del derecho” en la medida que se configura como el “arte (...) de aplicar el derecho al hecho” (sentido amplio)⁶²; mientras que, para otros tantos, el mismo corresponde a aquella doctrina interpretativa de las normas promulgadas por los operadores jurídicos (sentido menos amplio)⁶³. Debido a la necesidad de concretizar el concepto, la profesora SCHIELE MANZOR manifiesta que para comprender la expresión “jurisprudencia”

⁶² Clemente de Diego, Felipe. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Revista de derecho privado, Madrid, 1925, p.: 165. Citado por: Schiele Manzor, Carolina. *La jurisprudencia como fuente del derecho. El papel de la jurisprudencia*. Consultado en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf> (10.4.14)

⁶³ Calvo Vidal, Félix M. *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?* Citado en: Schiele Manzor, Carolina. *La jurisprudencia como fuente del derecho. El papel de la jurisprudencia*, ob. cit.

se deberá delimitar su alcance al conjunto de sentencias emitidas por las Altas Cortes que “son llamad(as) a formar jurisprudencia a través de la uniformidad del derecho que se logra justamente en la aplicación del mismo al caso en concreto” (sentido estricto)⁶⁴.

A pesar de lo anterior, ninguno de los conceptos ofrecidos satisface el alcance que aquí se requiere. En efecto, asumiendo la definición dada por la profesora SCHIELE MANZOR como la más avanzada, se podría cuestionar que: *a)* aquella se limita a considerar que la “jurisprudencia” es únicamente la que emana de las Cortes de cierre y, en ese sentido, quedarían por fuera los pronunciamientos de los jueces de inferior jerarquía que fallan procesos en única instancia o que por la naturaleza del asunto no son conocidos por los máximos órganos de la jurisdicción; *b)* se excluiría como “jurisprudencia” aquellas sentencias que LÓPEZ MEDINA denomina como fundadoras de línea jurisprudencial, esto es, aquellas que lejos de unificar el derecho, lo que hacen es pronunciarlo por primera vez; y *c)* negaría el valor de los pronunciamientos de los jueces de menor jerarquía, lo cual traería un efecto perverso porque no generaría ninguna exigencia de coherencia con sus propios fallos. Por las anteriores falencias, el término “jurisprudencia” deberá ser adecuadamente delimitado en esta investigación, sin que se pague por excesiva especificidad ni generalidad, lo cual sólo se logra si se cumplen a lo sumo dos condiciones: *(i)* se analiza de forma integral con el término “precedente” y *(ii)* se desliga del estudio de las fuentes del derecho.

i) En lo que atañe a la dicotomía jurisprudencia/precedente, el profesor TARUFFO afirma que la diferenciación puede darse en dos escenarios: el cuantitativo y el cualitativo⁶⁵. En el primer estanco, el cuantitativo, el término “precedente” connota una decisión determinante; mientras que la “jurisprudencia” hace relación a un conjunto de decisiones. En el segundo escenario, el cualitativo, el “precedente” asume la postura de un mandato susceptible de volverse generalizado

⁶⁴ Schiele Manzor, Carolina. *La jurisprudencia como fuente del derecho. El papel de la jurisprudencia*, ob. cit., p. 183

⁶⁵ Taruffo, Michelle. *precedente y jurisprudencia*. Trad.: Claudia Martínez y Fernando Gandini, p.: 87-92
Publicación digital consultada en:
http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&ved=0CCoQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.icesiaotronivel.com.co%2Frevistas%2Findex.php%2Fprecedente%2Farticle%2Fdownload%2F1434%2F1831&ei=-bT5VNC8IcnZsATs_4HwDw&usg=AFQjCNH9pHfKM3-xA6XrljGp5BEvjuzvFg (6.3.2015)

para casos futuros, en el que la analogía que se predica entre los hechos pasados y presentes⁶⁶ resulta fundamental para la aplicación de la *ratio decidendi* pretérita al caso que ahora se debe resolver; mientras que la “jurisprudencia” corresponde a las máximas elaboradas por las Altas Cortes que no atienden a los hechos y que tratan de ser “enunciaciones generales del contenido preceptivo”, por lo cual, su recopilación se asemeja a grandes códigos que guían la interpretación genérica de las normas⁶⁷.

ii) Siguiendo la reflexión de la profesora MORAL SORIANO, analizar el concepto de “jurisprudencia” y “precedente” en clave de las fuentes del derecho resulta ser una labor poco fructífera, porque, las más de las veces, se desconocen los múltiples significados que se atribuyen al término y, a pesar de llegar a un consenso etimológico, no se responde satisfactoriamente al por qué los jueces deben tener en cuenta las fuentes. Sólo basta con revisar la *concepción académica*, según la cual, las fuentes son aquellas que taxativamente han sido designadas como tal en el ordenamiento jurídico⁶⁸ (tarea compleja para el caso colombiano por la dispersión normativa al respecto⁶⁹); y proceder a contrastarla con la *concepción fuentes – argumento* que defiende como fuente “todo material que debe, debería o puede ser usado en la solución de problemas jurídicos”⁷⁰, para notar la complejidad al definir el concepto. Situación que se agrava por otras tantas definiciones como aquellas que hacen mención “a los orígenes próximos del derecho, a la elaboración o producción de reglas que contienen la modelación jurídica de las relaciones de la vida social y en ese sentido más específicamente las que tengan virtud bastante para producir una nueva regla jurídica”⁷¹.

⁶⁶ La diferencia cualitativa obedece en gran medida a los aportes del profesor LANGDELL en el sistema anglosajón. Según este influyente autor, la metodología para identificar el *precedente* jurisprudencial debe partir de un método que enfatice en el aspecto empírico del estudio del derecho y que dará lugar a la edificación del *casebook*. Al respecto: Hoelflich, M.H. *Law and Geometry. Legal Science from Leibniz to Langdell*. En: *The American Journal of Legal History*, Vol. 30, No 2, abril de 1986, p. 195-121. Publicación disponible en: <http://www.jstor.org.ezproxy.unal.edu.co/stable/pdf/845705.pdf?acceptTC=true> (20.4.15)

⁶⁷ *Ibidem.*, p. 88

⁶⁸ De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. 2ª ed., Barcelona, Ed.: Ariel Derecho, 1988, p. 75.

⁶⁹ Estrada Vélez, Sergio Iván. *Las Fuentes del Derecho*. En: Valderrama Bedoya, Francisco (coord.). *Teoría del derecho*. 3ª ed., Medellín, ed.: Sello editorial Universidad de Medellín, 2013, p. 347

⁷⁰ Aarnio, A. On the Sources of law *Citado por*: Moral Soriano, Leonor. *El precedente judicial*, ob.cit., p.21

⁷¹ Schiele Manzor, Carolina. *La jurisprudencia como fuente del derecho. El papel de la jurisprudencia*, ob. cit., p. 183

Pero los problemas no se reducen a la falta de unidad conceptual, puesto que aun cuando se adoptara una de las definiciones dadas, supongamos la del profesor AARNIO (que genera mayor simpatía en MORAL SORIANO), no existe ninguna justificación, más allá que la autoridad, para decir por qué se debe seguir la “jurisprudencia” o el “precedente”. Así pues, comoquiera que este trabajo pretende indagar por la legitimidad política del precedente desde una perspectiva deliberativa o, lo que es lo mismo, por las razones que una sentencia debe ser aceptada y seguida en el ordenamiento jurídico desde una óptica dialógica; se descartan las definiciones en clave del sistema de fuentes.

En ese sentido, con el ánimo de no extenderse en temáticas que puedan desviar el propósito de este documento, será pertinente mencionar que “jurisprudencia” *es el nombre genérico que se le brinda a todas aquellas sentencias del ordenamiento jurídico que son emitidas por los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus funciones*. El concepto de jurisprudencia es cuantitativamente incluyente, es decir, involucra tanto a las decisiones de las Cortes de cierre como a las decisiones de los jueces de inferior jerarquía⁷². Por otra parte, se entenderá en este documento como “precedentes” *aquellas decisiones previas que por sus características especiales deben ser consideradas por los operadores jurídicos para la resolución de casos futuros*. El precedente es una o varias sentencias, cuyos atributos cualitativos trascienden en el ordenamiento jurídico hasta el punto de influenciar decisiones sobrevinientes⁷³. Desde esta perspectiva se logra una definición con un punto de equilibrio entre lo genérico y lo específico que repercute en la mejor comprensión que aquí se otorgará a los términos.

1.1.3. Por una “teoría argumental” se entiende aquella que, en vez de considerar al precedente como una fuente del derecho, lo cataloga como un argumento en sí mismo. La principal abanderada de esta concepción es la profesora MORAL SORIANO, quien en su tesis doctoral, *el precedente judicial*, reconstruye el fenómeno del precedente desde una óptica del razonamiento jurídico, a partir de diferentes paradigmas, dentro de los que se destaca el razonamiento determinado por la función excluyente de la autoridad (RAZ), el razonamiento deliberativo

⁷² La definición está inspirada en: Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El precedente judicial y sus reglas*. 1ª ed., Bogotá, ed: Legis, 2014, p. 18

⁷³ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El precedente judicial y sus reglas*. op.cit., p. 19.

(PERELMAN), el razonamiento discursivo de (GÜNTHER) y la justificación racional (ALEXY)⁷⁴.

Por ahora basta con aclarar que a la luz de esta interesante teoría, *la importancia del precedente consiste en su configuración como argumento de necesaria consideración por parte de los jueces al momento de proferir sentencias, ya que permite crear técnicas discursivas para fundamentar las decisiones judiciales*⁷⁵. En dicha acepción será comprendido a lo largo del presente trabajo el término “teoría argumental del precedente”.

1.2. LA INFLUENCIA DEL FORMALISMO JURISPRUDENCIAL EN LA OBRA DEL PROFESOR LÓPEZ MEDINA

1.2.1. El objetivo del derecho de los jueces: la búsqueda de “la sub-regla jurisprudencial”

El capítulo sobre el análisis dinámico del precedente describe cuáles son los conceptos fundamentales de la línea jurisprudencial, estableciendo que su principal objetivo es la comprensión de la “*sub-regla vigente en un momento dado*”⁷⁶.

1.2.2. Crítica al objetivo: debería buscarse “el sub-principio jurisprudencial”

El objetivo enunciado puede ser cuestionado desde la clásica diferencia entre reglas y principios. Una aproximación somera en el asunto enseñará que mientras las reglas están redactadas en términos concretos y precisos, los principios se caracterizan por utilizar expresiones más abiertas que no ofrecen elementos concretos de modo y lugar para su aplicación⁷⁷. Según el profesor ALEXY, la diferenciación ha girado principalmente en torno a las tesis de **a)** optimización, **b)** colisión y **c)** ponderación.

⁷⁴ Moral Soriano, Leonor. *El precedente judicial*. op.cit., p. 125-154

⁷⁵ Motta Navas, Álvaro Andrés y otros. *La importancia de la jurisprudencia en Colombia*. 1ª ed., Bogotá, Consejo Superior de la judicatura, 2012, p. 98

⁷⁶ López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces*. 2ª ed., Bogotá, Ed. Legis, 2006, p. 139

⁷⁷ Rodríguez, Cesar. *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*. 1ª ed., Bogotá, ed.: Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 48

Según la primera –optimización–, los principios son “normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”, es decir, son mandatos de optimización que “pueden ser cumplidos en diferentes grados”; lo cual resulta ser diametralmente opuesto a lo que sucede con las reglas, ya que lo ordenado por estas puede ser cumplido o incumplido, esto es, sin presentar gradación alguna⁷⁸. En cuanto a la segunda tesis –colisión–, se afirma que cuando hay conflictos entre reglas, aquel “solo puede ser solucionado si se introduce una cláusula de excepción a una de las dos reglas o si se declara la invalidez de una de ellas”⁷⁹; mientras que, cuando se trata de conflicto entre principios, estos últimos deben solventarse “estableciendo una relación de precedencia entre los dos principios relevantes, condicionada a las circunstancias del caso en concreto (...) lo que puede generalizarse en una *ley de colisión*”⁸⁰. Finalmente, la tercera tesis –ponderación– sostiene que la existencia de los principios demanda la aplicación de la proporcionalidad para alcanzar la máxima realización posible de estos, razón por la cual, se debe observar la ley de la ponderación que se materializa en sub-principios tales como la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; lo cual no acontece en las reglas puesto que aquellas deben ser aplicadas independientemente de las características particulares de cada situación como quiera que se aplican a manera de disyuntiva (son de todo o nada)⁸¹.

Bajo el prisma de la muy general diferenciación entre reglas y principios presentada, y aceptando que los capítulos del derecho de los jueces relacionados con el análisis dinámico y estático del precedente jurisprudencial procuran la *comprensión de la “sub-regla vigente en un momento dado”*, cualquier lector podría aventurarse a afirmar que en las páginas subsiguientes encontrará un método que le permitirá hallar una norma jurisprudencial con las mismas características, o por lo menos con la gran mayoría, de una regla. De hecho, nótese que se denomina “sub-regla de derecho”, quizás con el ánimo de enfatizar que el derecho jurisprudencial también emite mandatos que no admiten gradación, cuyos conflictos deben ser resueltos con la introducción de una cláusula de excepción o con la declaración de invalidez de una de ellas, y que se aplican independientemente de la ley de ponderación.

⁷⁸ Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. 1ª ed., Bogotá, Traducción Carlos Bernal Pulido, ed.: Universidad Externado de Colombia, p. 95

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 96

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 99

⁸¹ *Ibíd.*, p. 103-109

Las consecuencias de buscar “sub-reglas” y no “sub-principios” resultan más claras con un ejemplo. Supóngase que un juez concede amparo constitucional a un pensionado de la tercera edad al que se le ha negado injustificadamente el reconocimiento de una mesada y, en consecuencia, ordena el pago inmediato de aquella, para lo cual no aplica el mandato muy general de la constitución sobre la dignidad humana, sino una “sub-regla” creada por la Corte Constitucional que a la letra indica: “Procede la tutela para proteger el derecho fundamental al mínimo vital cuando hay mora en el pago de pensiones a una persona de la tercera edad y no se ha probado que tenga otros medios para subsistir”⁸². Dicha “sub-regla” debe ser seguida por los jueces de menor jerarquía so pena de atentar contra el principio de igualdad.

La dificultad aparece cuando la “sub-regla” de derecho no genera una respuesta adecuada a un caso concreto como, por ejemplo, si se probara que la persona de la tercera edad recibe medio salario mínimo mensual por concepto de ayudas familiares. En esta hipótesis, vale la pena preguntarse si un juez de menor jerarquía está en la obligación de negar el amparo por el no cumplimiento de uno de los requisitos que prevé la “sub-regla” (inexistencia de otros recursos económicos para subsistir). El cuestionamiento estaría encaminado, entre otros aspectos, a demostrar que: a) no es justo “castigar” a un pensionado obligándolo ir a la jurisdicción ordinaria por el hecho de que sus familiares le apoyen económicamente, ya que una decisión de dicha envergadura, entre otras cosas, conllevaría un mal ejemplo social que desincentivaría la solidaridad que debe existir hacía las personas de la tercera edad. Y, b) no es justo que se catalogue que medio salario mínimo mensual de ingresos sea un recurso suficiente que garantice la manutención de una persona, preguntas sobre las dificultades del lenguaje en el que está redactada la “sub-regla” adquieren un protagonismo especial: ¿Qué significa subsistir?, ¿Cuáles son los alcances cuantitativos y cualitativos del término subsistir?, ¿Quién valora lo que constituye un recurso económico para subsistir?, etc.⁸³

⁸² En la sentencia T-729 de 2008, entre muchas otras relacionadas con asuntos de seguridad social, es evidente la pretensión de crear sub-reglas rígidas para la concesión de ciertos derechos. Específicamente, en aquella sentencia, la Corte exige un requisito de índole procesal formal para la procedencia de la acción y su concesión en un asunto pensional: *que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho*. Consultar en: Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T – 729 de 2008*. magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-729-08.htm> (23.10.14)

⁸³ En cuanto a los problemas derivados del lenguaje en las normas jurídicas son valiosos los aportes de la filosofía analítica o lingüística inglesa, impulsada, principalmente, por Ludwig Wittgenstein y J.L. Austin.

Quienes sostengan que en el hipotético ejemplo el juez de menor jerarquía debe aplicar una “sub-regla” de derecho, en aras de ser coherentes con la diferencia entre reglas y principios mencionada líneas atrás, no tendrán otra alternativa que abogar para que en nuestro ejemplo se deniegue el amparo constitucional. Se debe reparar en que esta solución, que busca fortalecer en apariencia el papel de la jurisprudencia y valores tales como la seguridad jurídica y la igualdad, resulta siendo profundamente formalista (en el sentido expresamente señalado en la aclaración previa) en el aspecto interpretativo.

Diferente sería si el propósito fuese hallar un “sub-principio jurisprudencial”, porque con dicha precisión se transmitiría la idea de un derecho judicial que emite mandatos susceptibles de interpretación y de aplicación gradual o, lo que es lo mismo, mandatos de optimización que ante circunstancias particulares puedan dejar de ser aplicados y, por ende, en el caso objeto de estudio, un juez podría conceder el amparo constitucional.

Esta precisión en el lenguaje podría desembocar en la construcción de un sistema jurídico menos rígido que el que se encuentra actualmente en los sistemas de *common law*. No se puede desconocer que el hecho que las normas provengan de la judicatura o del legislador no constituye, *per se*, una causal para catalogar a una cultura jurídica como formalista o no, tal como se acaba de evidenciar con el ejemplo.

En conclusión, pretender la búsqueda de una “sub-regla” encuadraría en una concepción formalista del derecho que trasladaría el problema del campo legal al campo jurisprudencial, lo cual, además, presupone que su existencia actuaría como razón suficiente⁸⁴ para la resolución de casos futuros. Si bien es cierto que LÓPEZ MEDINA pretende *la construcción sistemática de conceptos* derivados de la jurisprudencia, también lo es que su propuesta sigue siendo *deductiva y silogística* al momento de hablar de “sub-reglas”, escollo que sería superado si se reconociera y permitiera, real y materialmente, la existencia de los “sub-principios” jurisprudenciales y, por ende, su aplicación mediante la *ponderación*.

⁸⁴ Prieto Sanchis, Luis. *Sobre Principios y Normas. Problemas del razonamiento jurídico*. 1ª Ed. Ed.: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 35

1.2.3. La propuesta de reconstrucción de líneas jurisprudenciales

Aunado a las implicaciones prácticas de buscar una “sub-regla” y no un “sub-principio” jurisprudencial, es viable inferir una filosofía formalista de validez del derecho en la propuesta de reconstrucción jurisprudencial consignada en *el derecho de los jueces*, pues antes que preocuparse por la interpretación, el autor se cuestiona por la forma como se identifican los precedentes judiciales en el escenario de la hiperinflación de sentencias emitidas por las Altas Cortes. Veamos:

a) Análisis dinámico del precedente:

En el capítulo destinado al análisis dinámico del precedente se busca cierta racionalización para el estudio jurisprudencial. Para ello se propone el uso de un modelo gráfico en la reconstrucción de líneas jurisprudenciales que debe tener un problema jurídico con respuestas opuestas y un espacio para los puntos medios. Ello permite reconocer tendencias jurisprudenciales y determina la “sombra decisional” en la que puede moverse el funcionario judicial en casos futuros. Así mismo, evidencia patrones de cambio decisional, reorientaciones radicales de la línea y posturas de los magistrados⁸⁵.

Como es de esperarse, el modelo propuesto implica el manejo de una técnica que inicia con la *formulación del problema en forma de pregunta* como encabezamiento de la línea. La adecuada formulación del problema resulta fundamental en la reconstrucción de la línea. Un adecuado problema debe dejar de lado el conceptualismo amplio tradicional del derecho constitucional y, en su lugar, tratar de formular un problema jurídico en el que se mencione algún derecho, texto o artículo constitucional con patrones fácticos que traten de reunir los hechos materiales del caso. La justificación de lo anterior radica en que la teoría del precedente adquiere fuerza cuando se relacionan hechos y problemas jurídicos específicos, es decir, cuando se discute la tipificación constitucional de hechos⁸⁶.

⁸⁵ López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces*. op.cit, p. 140

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 147

En el proceso de *formalización de cualquier línea jurisprudencial*, es dable encontrar 3 tipos de sentencias: **a) Las sentencias fundadoras de línea jurisprudencial**, las cuales interpretan primigeniamente y de manera directa el texto constitucional, presentando gran referencia a principios y valores, lo cual es auspiciado, principalmente, por el vacío jurisprudencial que permite proponer tesis reformistas; **b) Las sentencias hito** son aquellas que tratan de definir con autoridad una “sub-regla” de derecho, originan cambios o giros dentro de la línea y generalmente, aunque no necesariamente, se pueden identificar como SU. Finalmente, **c) Las sentencias que confirman la doctrina**, las cuales se ven a sí mismas como simples aplicaciones de la *ratio decidendi* y/o contenido en una sentencia anterior, por lo que allí se materializa el deber de obediencia al precedente⁸⁷.

Siguiendo con las técnicas de investigación de la línea jurisprudencial, es pertinente destacar que las sentencias hito son las que mayor complejidad representan para ser identificadas, por lo que es pertinente establecer un procedimiento para llegar a ellas. Así, se propone: **a) establecer un punto arquimédico** de apoyo, esto es, buscar una providencia que sea lo más reciente posible y que en sus hechos relevantes tenga el mismo patrón fáctico con relación al caso sometido a investigación; **b) realizar ingeniería reversa**, lo cual se traduce en la revisión de la estructura de citas del punto arquimédico, que permite descubrir el “nicho citacional”, y este, a su vez, permite repetir el proceso en varios niveles hasta llegar a la sentencia fundacional; y, finalmente, **c) establecer la telaraña y puntos nodales de la jurisprudencia**, lo que se logra cuando hay una continua cita de algunas jurisprudencias que las constituye como puntos nodales dentro del nicho citacional. Los puntos citados recurrentemente ayudan a realizar una telaraña citacional⁸⁸. Una vez realizado lo anterior, se procede a ubicar las sentencias relevantes en un modelo gráfico para lograr los propósitos inicialmente establecidos.

⁸⁷ Este aparte es tomado de la edición de 2000, pues en la edición de 2006 el autor incluyó las sentencias consolidadoras de línea, reconceptualizadoras de línea y sentencias dominantes, las cuales no son incluidas en esta exposición por ser consideradas meras conceptualizaciones que en vez de ayudar al estudio de la institución puede prestarse a confusiones.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 161-184

El análisis dinámico del precedente jurisprudencial procura la identificación de las “sub-reglas” de derecho a partir de la reconstrucción de líneas jurisprudenciales, con lo que se garantiza una mayor estructura a la disciplina y una coherente y significativa transmisión de conocimientos.

b) Análisis estático

En el capítulo destinado al análisis estático del precedente, el autor, reconociendo que la ciencia jurídica actual aspira a la resolución de casos a partir de la aplicación de mandatos preexistentes –inherente al principio de legalidad liberal-, sostiene que dichas normas, actualmente, se encuentran en los precedentes jurisprudenciales, razón por la cual, resulta fundamental su sistemática ubicación y estudio.

En ese sentido, el texto aborda el tema de la legitimidad de las providencias judiciales, indicando que las mismas son legítimas si: a) provienen de alguna de las fuentes aceptadas dentro de un ordenamiento jurídico y b) son lo más cercanas posible al derecho preexistente. En caso de no satisfacerse una de esas dos condiciones, es posible enfrentarse a conexiones axiológicas, analógicas, metafóricas o especulativas no deseadas. De allí emerge la necesidad de enfocar la atención en los precedentes, pues estos constituyen el ente abstracto “derecho preexistente”, con la aclaración, claro está, que se deben tener presentes las particularidades de estos respecto al derecho legislado.

Así, se destaca que hay unas “reglas controlantes” que iluminan la labor judicial. Empero, las mismas se diferencian según sean leyes o precedentes. Las primeras usan un lenguaje canónico, no argumentativo y con aspiración de generalidad, mientras que los segundos, en contraposición, no usan un lenguaje canónico, conllevan un gran discurso argumentativo y nacen de casos particulares. Lo anterior se traduce en la superación de la visión tradicionalista que trataba a la jurisprudencia como fuente auxiliar del derecho⁸⁹ y, en contraposición, conlleva a que el estudio

⁸⁹ “La visión tradicional se caracteriza por la preferencia por el derecho legislado y/o la doctrina, poco interés por las investigaciones sobre jurisprudencia, pues aquella no contiene una regla controlante y por ende no posee una entidad normativa independiente, tiene modestia metodológica en cuanto se cree que la jurisprudencia es cuasi legislativo que completa, de manera canónica, los eventuales puntos oscuros de la ley, desconoce postulados de hechos y argumentos y reduce la decisión a un párrafo”. López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces*. op.cit.

del derecho tenga en cuenta al precedente en cuanto a los hechos, las consideraciones de la Corte y la decisión.

La actividad judicial no es una aplicación necesaria, mecánica e inevitable de los presupuestos fácticos y sus respectivas sanciones a los casos que demandan solución. Tampoco la actividad judicial consiste en la toma de decisiones con inobservancia de parámetro alguno. De hecho, cuando se trata de precedentes jurisprudenciales hay técnicas legítimas e ilegítimas para apartarse de aquellos.

Las técnicas ilegítimas para desconocer el precedente son *a) la negación y b) el arrepentimiento*. La primera hace referencia al desconocimiento de la vinculatoriedad del precedente, afirmándose que debe interpretarse directamente la ley; mientras que la segunda sostiene que una decisión previa debe dejar de ser observada simplemente porque la nueva solución resulta mejor.

Por su parte, las técnicas legítimas para apartarse de un presupuesto serían *a) la distinción entre ratio decidendi y obiter dictum, b) la analogía y disanalogía y c) el cambio de jurisprudencial*. Detengámonos un poco en cada una de ellas.

a) La *ratio decidendi* es la “sub-regla” de derecho que establece la razón principal por la que se toma la decisión y, por lo tanto, “guarda una unidad de sentido con la parte dispositiva de la sentencia y está íntima e inescindiblemente unida con la parte resolutive de la sentencia” o, en palabras de la Corte Constitucional: “corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, o sea, aquellos aspectos sin los cuales sería imposible saber cuál fue la razón determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente, en la parte resolutive”⁹⁰. En contraposición, las *obiter dictum* son argumentos que no hacen parte del tema central de la sentencia o que escapan de la verdadera razón por la que se toma la decisión.

⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-292/2006*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm> (29.09.14)

La diferenciación resulta crucial porque, tal como lo dejó claro la Corte Constitucional en la sentencia SU-047/99, solamente la *ratio decidendi* es vinculante para los demás jueces, de donde se desprende la importancia de precisarla⁹¹. Aunado a lo anterior, diferenciar entre estos dos conceptos evita que las manifestaciones no relevantes, mencionadas de manera poco reflexiva, sean asumidas por futuros jueces para resolver casos que realmente no se han puesto en consideración de las Altas Cortes.

La Corte Constitucional utiliza dos modelos de *ratio decidendi* para Colombia: **a)** En primer lugar, la *ratio* es la misma cosa juzgada implícita. Este es un modelo basado en la argumentación explícita de la Corte que en el fondo gravita en una versión formalista y textualista de la *ratio*. **b)** En segundo lugar, la Corte considera la *ratio decidendi* como extracción del verdadero principio decisorio que busca *re-racionalizar* el derecho, por lo que se trata de encontrar la justificación jurídica más estrecha posible.

b) La analogía y disanalogía guarda profunda relación con la anterior técnica, ya que la *ratio* tiene que estar relacionada directamente con los hechos materiales del caso. Así las cosas, cuando se desea seguir un precedente es válido presentar las similitudes de los hechos del caso pasado con los del caso presente (analogía) y por ende, fallarlos de manera similar. En cambio, cuando se presentan casos fácticamente diferentes, es viable distinguir el precedente (disanalogía) y por lo tanto, decidirlos de manera distinta.

Las dos anteriores formas legítimas de desconocer el precedente se encuentran muy cercanas a lo que en la tradición del *common law* se denomina como el *Distinguishing*, *Broadening* y *Restatement*. La regla del *distinguishing* sostiene que el carácter vinculante del precedente sólo se predica de aquellos casos que sean idénticos en sus aspectos fácticos relevantes. La regla del *Broadening* enseña que cuando el caso en consideración no sea idéntico al caso previo, la Corte puede ampliar su precedente para que el nuevo caso quede abarcado por la sentencia previa y sea

⁹¹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-047/1999*, magistrados ponentes Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>

resuelto de manera análoga. Y, finalmente, el *Restatement* es la figura mediante la cual se re conceptualiza un punto de derecho en particular⁹².

c) Finalmente, el cambio jurisprudencial, el cual resulta circunstancialmente legítimo, ya que su utilización es meramente residual porque conlleva una negación de la obligatoriedad del precedente, por lo que tiene altos costos políticos y personales. De allí que se deba cumplir con tres condiciones: *a)* debe ser realizada por un tribunal jerárquicamente autorizado para llevar a cabo un cambio jurisprudencial; *b)* debe apelar a criterios prudenciales como, por ejemplo, evitar la rigidez del derecho y *c)* debe evidenciar razones de peso y fuerza para que, en un balance costo-beneficio entre la justicia del caso concreto y la seguridad jurídica prevalezca el primero de ellos.

1.2.4. Los cuestionamientos a la propuesta de reconstrucción jurisprudencial elaborada por el profesor LÓPEZ MEDINA

a) Análisis dinámico

La propuesta metodológica de análisis dinámico de jurisprudencia elaborada por el profesor LÓPEZ MEDINA, sin lugar a dudas, representa una visión cuantitativamente superior a la dogmática “legalista” tradicional colombiana, por cuanto, entre otras razones, demanda del jurista el reconocimiento de fuentes del derecho distintas a la ley emitida por el legislador. En otras palabras, dicha propuesta tiene la virtud de superar la visión predominante en los sistemas continentales de creer que el derecho se encuentra únicamente en las reglas legislativas por cuanto abre un espacio para los pronunciamientos judiciales en aquel universo reducido denominado fuentes del derecho.

El yerro emerge con la no superación del modelo interpretativo preponderantemente “formalista” de la cultura jurídica colombiana, la cual, si bien el autor reconoce y pretende superar, lo cierto es que se queda corto por cuanto procura la búsqueda de una “sub-regla” y realiza una propuesta

⁹² Hage, Jaap. *Sources of law*. En: *Introduction to law*. Ed.: Espringer International Publishing, 2014, Consultado en: http://link.springer.com.ezproxy.unal.edu.co/chapter/10.1007/978-3-319-06910-4_2 (27. 10. 2014), p. 33-34

que ayuda a la identificación de esta, pero no dice nada frente a su contenido, aceptando implícitamente las mismas críticas de cualquier modelo cognoscitivo de aplicación del derecho.

Sintéticamente, dichas críticas serían: la teoría del profesor LÓPEZ MEDINA es avalorada en cuanto no dice nada respecto a qué hacer con aquellos precedentes judiciales de carácter vinculante contrarios a los valores o principios de un Estado Social de Derecho⁹³. Así mismo, la teoría peca por ser excesivamente “formalista” en el sentido de que los mandatos jurisprudenciales resultarían equiparables a las reglas (se busca una sub-regla y no un sub-principio jurisprudencial), caracterizadas previamente por el debate DWORKIN – HART: el problema consiste en que la aplicación de una sub-regla a un caso concreto puede generar una solución “justa” que no necesariamente se presentaría en otros casos. Adicionalmente, no se menciona cómo se pasa de la premisa jurisprudencial a la conclusión que se debe emitir en el nuevo caso, pues antes que crear derecho, el juez simplemente debe tratar de probar que su decisión encuentra soporte en normas preestablecidas, entre otras⁹⁴.

En este punto, cabe recordar que se entiende por “formalismo” aquel *movimiento que acepta la plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación silogística de las normas o, en su versión más avanzada, la construcción sistemática de conceptos*, mientras que “antiformalismo” es aquel *movimiento que niega la referida plenitud, la interpretación lógica de normas y la construcción sistemática de conceptos*.

Así las cosas, la técnica propuesta no cambia el panorama en cuanto al aspecto cualitativo de la interpretación y aplicación del derecho, puesto que las “sub-reglas” identificadas son susceptibles de las mismas críticas emprendidas contra cualquier pretensión de positivización jurídica⁹⁵: ambigüedad, vaguedad, ambivalencia del lenguaje y desconexión total con la moral y la justicia⁹⁶. En ese sentido se afirma que la propuesta consignada en el capítulo destinado al

⁹³ Si bien es cierto que el juez se puede apartar del precedente argumentando razonablemente las razones por las que lo hace, también lo es que el modelo jerarquizado que influye en la carrera judicial impide que los jueces vean a esta como una posibilidad real y efectiva.

⁹⁴ Al respecto: Atienza, Manuel. *Argumentación jurídica*. 1ª Ed., Madrid, Ed.: Trotta, 1996, p. 231 - 238.

⁹⁵ Guastini, Riccardo. *La interpretación de la Constitución*. En: Ortega, Santiago (Ed) Interpretación y razonamiento jurídico. Volumen II, Ed.: Ara editores, Perú, 2010, p. 20-67

⁹⁶ Según el profesor Santiago Nino, la anterior categorización de la discusión es apenas una caricatura y, como tal, conlleva cierta distorsión con la realidad, pues es dable encontrar en la misma fundamentos filosóficos más

análisis dinámico del precedente se reduce a trasladar el problema de la cultura jurídica del “formalismo legal” al “formalismo jurisprudencial”.

b) Análisis estático

En aras de dar una justa crítica al profesor colombiano, es menester reconocer que en el capítulo del análisis estático se evidencia una postura menos “formalista” del precedente, la cual genera la sensación de encontrarse ante un autor que no pretende calcar la rigidez jurisprudencial que caracteriza algunos sistemas de juzgamiento del *common law*, pues se reconoce la posibilidad de cambio de criterio de las decisiones judiciales, siempre y cuando se observen algunas técnicas que él denomina legítimas. El autor, si bien ha diseñado un modelo para la identificación de la “sub-regla” de derecho, inmediatamente después realiza una propuesta para separarse de la misma, siempre y cuando se satisfagan algunos requisitos. Ello, aparentemente, dejaría sin sustento la tesis que se defiende en este documento, porque implicaría que no necesariamente los funcionarios judiciales deben aplicar “formalmente” las “sub-reglas” de derecho. Pero ello no es así, por las siguientes razones:

a) Debe repararse que el modelo de la carrera judicial, en el cual la organización jerarquizada adquiere especial protagonismo, pues son los superiores quienes determinan el factor cualitativo de la calificación integral de los Jueces⁹⁷, interfiere negativamente en dicha posibilidad. En la medida que el apartarse del precedente se considere un acto de rebeldía, los jueces de instancia se abstendrán de proferir sentencias contrarias a los criterios de su calificador. Evidentemente el modelo de la carrera judicial en Colombia limita el diálogo entre las Altas Cortes, Tribunales y Jueces de instancia.

b) Más aún, una de las denominadas técnicas legítimas, la relacionada con el cambio de jurisprudencia, ratifica que LÓPEZ MEDINA no pretende ser un “anti-formalista” de la interpretación de la jurisprudencia. Al respecto, vale la pena recordar que el profesor colombiano

profundos sobre qué es el derecho. Mientras los positivistas abogan por la tesis de que el derecho puede identificarse, definirse y describirse en términos fácticos, los naturalistas proponen un concepto valorativo o normativo del derecho. Nino, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política – Una revisión a la teoría general del Derecho*. 1ª Ed., Barcelona, Ed.: Ariel Derecho, 1994, p. 23-34

⁹⁷ Al respecto: Art. 17, art. 20, art. 35, art. 41, art. 55, art. 84 de la Ley 270 de 1996

menciona que siempre que se vaya a realizar un cambio jurisprudencial, el juez deberá valorar, en un juicio de ponderación, la colisión de la seguridad jurídica y la aplicación de justicia del caso en concreto, pues en caso de que esta última no sea lo suficientemente significativa, el operador judicial debe optar por no modificar el precedente.

Un ejemplo aparente del conflicto entre estos dos últimos principios –seguridad jurídica y justicia del caso en concreto- se presenta en el caso de tutelas contra sentencias judiciales: Quienes sostienen que las sentencias ejecutoriadas de las Altas Cortes sí pueden ser atacadas sede acción de tutela, aducen que las mismas no hacen parte del ordenamiento jurídico debido a que no han materializado el postulado de justicia; mientras que, quienes niegan dicha posibilidad afirman que ello atenta contra la seguridad jurídica, por cuanto “permite que se revise una sentencia que ha sido dictada después de muchos años de duración de un proceso judicial. De esta manera (...) un ciudadano que ha obtenido una sentencia favorable, luego de un largo tiempo durante el cual se han surtido todas las instancias judiciales, podría perder todo por causa de una sentencia de tutela, que se falla en pocos días, por un juez que no conoce todos los detalles del proceso y que, además, no es especialista en la materia”⁹⁸.

El profesor UPRIMNY ha manifestado que el escenario de la discusión ha sido equivocado. Desde su perspectiva, la acción de tutela contra sentencias judiciales, siempre y cuando sea interpuesta en un plazo razonable, materializa la seguridad jurídica por cuanto desemboca en una cierta consistencia en la interpretación de las normas constitucionales, lo cual se logra necesariamente con la existencia de un órgano de cierre como lo es la Corte Constitucional⁹⁹. En ese sentido, la aplicación constitucional de todos los casos (entiéndase de conformidad con los valores de una sociedad), ineludiblemente conlleva a la materialización del principio de seguridad jurídica. Como se puede intuir, de la reflexión de este último autor se desprende el problema de LÓPEZ MEDINA: la creencia errada de que en un Estado Social de Derecho es predicable la dicotomía seguridad jurídica y justicia del caso en concreto.

⁹⁸ Botero Marino, Catalina. Jaramillo, Juan Fernando. *El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias*. En: Estado de Derecho y Sentencias Judiciales – Seguridad Jurídica y garantismo. 1ª Ed., Bogotá, Ed.: ILSA, 2007, p. 32

⁹⁹ Uprimny Yepes, Rodrigo. *¿En qué está el debate colombiano de la tutela contra sentencias judiciales?* En: Estado de Derecho y Sentencias Judiciales – Seguridad Jurídica y garantismo. op.cit., p. 62

Respecto a este último punto, el profesor ESTRADA VÉLEZ ha señalado que en un Estado Social de Derecho, gracias al reconocimiento de la relación “derecho y moral”, la dicotomía seguridad jurídica y justicia del caso en concreto debe desaparecer. Recuerda el autor que la seguridad jurídica fue comprendida en el Estado Liberal como “la posibilidad de predecir una decisión jurisdiccional en un caso en concreto”, lo cual se valoraba positivamente porque materializaba la igualdad en el tratamiento de los particulares por parte de las autoridades judiciales y erradicaba toda forma de arbitrariedad judicial, lo cual, innegablemente, era una superación del modelo de justicia que operaba en el *ancien regime*. En otras palabras, en el modelo liberal, los jueces estaban condenados a la aplicación del método lógico-deductivo para la interpretación de la ley porque, principalmente, se lograba la materialización de dos postulados democráticos: igualdad y erradicación de la discrecionalidad en el marco de un sistema coherente y perfecto donde la voluntad general se expresaba en la ley¹⁰⁰. La anterior concepción, positivista en cuanto a la formación del derecho y formalista en lo que atañe a su interpretación, resulta evidente en penalistas liberales como BECCARIA¹⁰¹.

Como consecuencia del positivismo normativo y del formalismo interpretativo, la seguridad jurídica en el Estado Liberal fue reducida al concepto de previsibilidad, orden e igualdad¹⁰². Las normas no tenían vínculo alguno con la moral, lo que permitía que en un caso en concreto se tuviera una respuesta jurídica derivada de los postulados legales pero no necesariamente adecuada constitucionalmente.

En contraste, en el Estado Social de Derecho se reconoce la relación normas y moral que da lugar al nacimiento de una nueva categoría de normas: los principios. Estos últimos presentan contenidos axiológicos y están redactados de manera abierta, lo cual permite que el juez valore si sus decisiones son apropiadas o no, sin tener una camisa de fuerza llamada ley. La pregunta que se realiza, entonces, es la siguiente: ¿La introducción de la categoría de los principios conlleva inseguridad jurídica? La respuesta es no. Los principios, al momento de ser concretizados con la resolución de un caso en concreto, garantizan seguridad jurídica en la medida que la decisión es

¹⁰⁰ Estrada Vélez, Sergio Iván. *Seguridad jurídica y discrecionalidad*. En: *Temas de filosofía del derecho*. 1ª Ed., Medellín, Ed.: Universidad de Medellín – Señal editora, 2003, p. 61

¹⁰¹ Beccaria, Cesar. *De los delitos y de las penas*. Ed.: Temis, 2012, Bogotá, p. 31

¹⁰² Estrada Vélez, Sergio Iván. *Seguridad jurídica y discrecionalidad*. op.cit., p. 67

adoptada de conformidad con el conjunto de valores del sistema jurídico o, lo que es lo mismo, conforme a la moral general que inspira el ordenamiento jurídico¹⁰³.

En esa línea argumentativa, IGNACIO DE OTTO sostiene que el margen de aplicación de la norma es especialmente amplio en los preceptos constitucionales, por lo que comúnmente a los tribunales en esta materia se les considera órganos que adoptan decisiones políticas bajo el manto de normas jurídicas. En su sentir, el hecho de que muchos asuntos constitucionales se solucionen argumentando conforme a los fines del ordenamiento jurídico - precisamente por la falta de concreción jurídica-, materializa los postulados de legitimidad y de seguridad jurídica¹⁰⁴.

El reconocimiento de que existen casos en los que, en aras de guardar coherencia en el sistema jurídico, debe prevalecer la seguridad jurídica –en su versión liberal- sobre valores como la justicia en un caso en concreto resulta fundamental para afirmar que la obra de LÓPEZ MEDINA es una teoría intermedia que tiende a inclinarse hacia el “formalismo” jurídico. Al respecto, es pertinente traer a colación el estudio del profesor ARCOS RAMÍREZ, quien sostiene que la seguridad jurídica –liberal- es uno de los conceptos más formales por cuanto “expresa la necesidad de que el derecho desempeñe una función de orden, de estructura normativa de las relaciones sociales y políticas de una comunidad. La convivencia humana precisa de la existencia de una cierta uniformidad de comportamientos que hagan previsibles las reacciones y las conductas de los demás hombres (...) Lo peculiar, es que dicha uniformidad o convergencia no brota espontáneamente, es decir, no es producto de la afinidad ideológica, cultural, o religiosa entre sus miembros, sino el resultado de un artificio o creación de los propios hombres que se originan en la existencia de reglas aceptadas como pautas de conducta”¹⁰⁵.

Recapitulando lo anterior, se tiene que el profesor LÓPEZ MEDINA elabora una propuesta para evitar los excesos del “formalismo” jurisprudencial, en la que consigna las herramientas metodológicas mediante las cuales el funcionario judicial puede apartarse de la “sub - regla” de derecho cuando lo considere pertinente. Al respecto, se han hecho dos observaciones cuyo

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 64-76

¹⁰⁴ De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. 2ª ed., Barcelona, Ed.: Ariel Derecho, 1988, p. 287-290

¹⁰⁵ Arcos Ramírez, Federico. *La seguridad jurídica. Una teoría formal*. 1ª Ed., Madrid, Ed.: Dykinson. 2000, p: 32

objetivo primordial era demostrar que la superación del “formalismo” jurisprudencial en LÓPEZ MEDINA no pasaba de ser una mera aspiración. Así, se destaca que la existencia del modelo jerarquizado de la carrera judicial y la dicotomía entre seguridad jurídica y justicia del caso en concreto, configuran límites estructurales de la propuesta. En todo caso, se debe ser transparente con el lector y reconocer que esta sólo es una interpretación de la obra, la cual no es reconocida directamente por el autor, pero que, debidamente contextualizada, resulta plausible. En ninguna parte de la obra del profesor LÓPEZ se explicita cuál es el sentido que él otorga al principio de seguridad jurídica.

c) A propósito de la Teoría impura del derecho

Otra importante obra coadyuva a la tesis que aquí se defiende sobre la pugna entre “formalismo” y “antiformalismo” en el pensamiento de LÓPEZ MEDINA: la *Teoría impura del derecho*. En aquel documento, el profesor colombiano realiza un estudio sobre los trasplantes jurídicos, cuyo propósito, de manera muy general, ha sido el análisis de agentes, del objeto transferido y de las dinámicas de transferencias¹⁰⁶. En aquel texto se sostiene la tesis que “en los sitios de recepción de iusfilosofía ocurren importantes transmutaciones o tergiversación de las ideas provenientes de los sitios de producción. Esas ideas, a pesar de ser transmutaciones o tergiversaciones, no pueden ser desestimadas sin más por tratarse de productos miméticos o traslaticios. (...) Las transmutaciones terminan siendo (...) parte del inventario disponible de ideas iusfilosóficas disponibles en una jurisdicción”¹⁰⁷.

Para alcanzar su propósito, el autor emprende una reconstrucción de las teorías del derecho que nacieron en otras latitudes y que han influenciado la conciencia jurídica colombiana, de las cuales, en este texto sólo se analizarán aquellas que guarden relación con asuntos de “formalismo” y “antiformalismo”. En esa medida, vale la pena destacar que en el capítulo 2 y 3 del mencionado texto, el profesor actualmente adscrito a la Universidad de los Andes denomina como “clasicismo” al producto latinoamericano que se influenció por la exégesis francesa, el

¹⁰⁶ Bonilla Maldonado, Daniel. *Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos: La estructura del debate*. En: Bonilla, Daniel (ed.) *Teoría del Derecho y Trasplantes jurídicos*. 1ª ed., Bogotá, ed.: Siglo del Hombre, 2009, p. 14

¹⁰⁷ López Medina, Diego. *Teoría impura del Derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. op.cit., p. 34

conceptualismo alemán y el positivismo jurídico kelseniano durante la mayor parte del siglo XX. Allí se destaca el reconocimiento de que el “formalismo” no se limitaba a la figura de la deducción de reglas, sino que también era predicable de la deducción de principios –asimilados en la obra a conceptos o categorías predominantemente situados en los “tratados”-¹⁰⁸.

Lo anterior tiene una especial significación. En *Teoría impura del derecho*, al igual que se hizo en la aclaración previa de este apartado, se reconoce que el “formalismo” no se reduce al método de interpretación de la exégesis, pues aun cuando un juez resuelva casos en concreto aplicando conceptos o definiciones abstractas, es posible llegar a ser profundamente “silogístico”, “deductivo” y, en fin, “formalista”. Lo que interesa destacar a esta altura de la exposición es que en la conciencia de LÓPEZ MEDINA existe un concepto sobre la “formalidad” que en la práctica no difiere profundamente del que acá se expone. Incluso, quizás con el ánimo de ser más enfático, ha creado “sub categorías” que se acercan a la definición dada en la aclaración previa como, por ejemplo, la del “antiformalismo del lenguaje” cuando menciona la importancia e influencia de la teoría del derecho de HART en el contexto latinoamericano¹⁰⁹.

No obstante, el hecho que exista acuerdo en que el “formalismo” y “antiformalismo” no se equiparan a los conceptos de “exégesis” y “libre activismo judicial”; no significa que las coincidencias permanezcan en toda la concepción del término. Así, por ejemplo, en uso de la palabra “formalismo” existe una mezcla entre teorías del derecho y teorías de la interpretación del derecho, que desde nuestra perspectiva resulta perjudicial. Es erróneo sostener que el “formalismo” deriva de la influencia de la exégesis, del conceptualismo y del kelsenianismo¹¹⁰, porque si ello fuera así se afirmararía que en el único lugar del globo en el que hay “formalismo” es en América Latina, pues fue el sitio por excelencia donde confluyeron tales teorías (si se acepta su tesis). Pero ello no es así. De hecho, el mismo LÓPEZ MEDINA habla del formalismo francés –formalismo de reglas- y alemán –formalismo de principios-, equiparando, quizás, en algunos apartes de su obra, al “formalismo” con los métodos cognitivos de interpretación jurídica. Más aún, el híbrido entre teorías del derecho y teorías de la interpretación resulta más evidente cuando en una misma categorización incluye a la exégesis, al conceptualismo y al

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 116-127

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 65

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 130

positivismo kelseniano: los dos primeros son métodos de interpretación del derecho, mientras que la tercera es una teoría del derecho, la cual, no está por demás aclarar, guarda una postura “antiformalista” de la interpretación del derecho¹¹¹.

Así pues, la *Teoría impura del derecho* ratifica la imprecisión conceptual que ostenta LÓPEZ MEDINA sobre “formalismo” y “antiformalismo”, la que, no está por demás decirlo, se añade a otras tantas que ha puesto de presente el profesor GARGARELLA a raíz del mismo texto. Particularmente, el profesor argentino cuestiona la tergiversación de la concepción latinoamericana sobre algunos autores *ius teóricos* como HART y la extrapolización de sus premisas¹¹². En ese mismo sentido, las profesoras ALVIAR y JARAMILLO sugieren la necesidad de dar claridad a conceptos tales como los ambientes “hermenéuticamente ricos” y ambientes “hermenéuticamente pobres”¹¹³, entre otros.

1.3. LOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS ANTI-FORMALISTAS FALLIDOS EN LA OBRA DEL PROFESOR LÓPEZ MEDINA

Desde la parte introductoria del *derecho de los jueces*, el profesor LÓPEZ MEDINA pretende mostrar posturas teóricas propias de un reformista y “anti-formalista” del derecho, las cuales, en aras de facilitar su exposición, serán presentadas según el paradigma que lo influyen así: “una teoría argumental del precedente” y “una propuesta desde el paradigma crítico del derecho”.

1.3.1. Indicios de una teoría argumental en la obra de LÓPEZ MEDINA

En la parte introductoria del *derecho de los jueces*, el autor pone de presente “la necesidad de una reestructuración de las fuentes del derecho constitucional con impacto ulterior en sus prácticas argumentativas y en su incidencia política”¹¹⁴, con lo cual introduce la importancia de

¹¹¹ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad.: Roberto J. Vernengo, ed.: 13, México, ed.: Porrúa, 2003, p. 349-356

¹¹² Gargarella, Roberto. *Crítica del estado de derecho. Comentario a “por qué hablar de una teoría impura del derecho para América latina” de Diego López Medina*. En: Bonilla, Daniel (ed.) *Teoría del Derecho y Trasplantes jurídicos*. op.cit., p. 161

¹¹³ Jaramillo, Isabel. Alviar, Helena. *Políticas de un particularismo transmutado*. En: Bonilla, Daniel (ed.) *Teoría del Derecho y Trasplantes jurídicos*. op.cit., p. 117

¹¹⁴ López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. op.cit., p. XIX (introducción y plan de exposición)

la relación fuentes del derecho, poder y procesos de comunicación en el contexto de un país cuya historia demuestra una pugna entre dos principales actores: el poder legislativo y el poder judicial.

A partir de este presupuesto se emprende un proceso de reconstrucción histórica muy interesante que va desde el movimiento político de la regeneración (1863 -1886) hasta la época en que es publicado el texto (primera edición 2000 - segunda edición 2006)¹¹⁵. Ahora bien, dicha reconstrucción histórica se da, quizás, con un interés ilustrativo sobre los diferentes tratamientos que ha recibido el precedente judicial en la esperanza de no incurrir nuevamente en experiencias negativas como aconteció, por ejemplo, con el artículo 383 de la ley 105 de 1890 que obligaba a la Corte Suprema de Justicia a anunciar en cada sentencia la doctrina legal allí definida en términos “claros, precisos y generales”, formulada como un verdadero artículo de la ley, y que, como era de esperarse, instauró un sistema obligatorio del precedente sumamente rígido¹¹⁶.

Consecuentemente con lo anterior, el autor indica que el estudio del precedente judicial en Colombia no debe ser visto de manera rígida, pues la idea “no es ofrecer una respuesta correcta”¹¹⁷ y, en su lugar, se procura develar “la utilización argumentativa del precedente en cada una de las Cortes”¹¹⁸.

1.3.2. La propuesta no es argumentativa por cuanto el precedente adquiere autoridad excluyente

Lo anterior nos haría pensar que para LÓPEZ MEDINA el valor del precedente se encuentra en el aspecto argumentativo de las decisiones judiciales antes que en el campo de las fuentes del derecho, pero ello no es así porque se sostiene la idea de la autoridad excluyente del precedente judicial. Para comprender adecuadamente lo anterior, se requiere diferenciar entre la autoridad excluyente del precedente y la autoridad argumental del mismo, lo cual se logra si se comprende la diferencia entre el razonamiento jurídico iuspositivista y el deliberativo. Para lograr lo

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 3 - 102

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 21-24

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 20

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 23

anterior, vale la pena detenerse un poco en el estudio que al respecto ha realizado la profesora MORAL SORIANO.

La profesora española enseña la diferencia entre estas formas de razonamiento a partir de la obra de RAZ y PERELMAN. Así, desde la óptica del primero, los precedentes –que se equiparan a las normas jurídicas-, cuando deben ser aplicados para la resolución de un caso concreto operan en el razonamiento del juez con autoridad, gracias al poder normativo y excluyente que tienen, pues con ello se descartan en la mayoría de casos los juicios propios del operador jurídico, los cuales, de ser aplicados, desembocarían en inseguridad jurídica –en sentido liberal-¹¹⁹.

Ahora bien, en la formación de esos precedentes judiciales, desde la visión iuspositivista de RAZ, se reconoce la existencia relativa de la relación “derecho y moral” (no todos los iuspositivistas niegan la relación “derecho y moral”¹²⁰), en la cual, principalmente, el punto de contacto se materializa en el nivel de justificación de la creación del precedente –los precedentes de las Altas Cortes son adoptados en el marco de un gran sistema de valores-, mas no en el nivel de la decisión o de la interpretación judicial de menor jerarquía, porque los jueces de menor jerarquía deben respetar las fuentes del derecho que deben aplicar en los casos futuros¹²¹.

En contraste, desde la óptica del profesor PERELMAN, lo importante de los precedentes no es su poder normativo y excluyente, sino su aspecto argumental. El uso de los precedentes como argumentos implica que, si bien los mismos tienen autoridad, el contenido de la misma es sustancialmente diferente a lo que acontece en la visión positivista. Así, a la égida de la nueva retórica se sostiene que el razonamiento jurídico debe ser netamente deliberativo y argumentativo, afirmación para la cual, se parte del supuesto que el razonamiento práctico está determinado por la idea de lo razonable y no por la función excluyente de la autoridad. La pregunta que se debe resolver, entonces, es ¿cómo llegar a lo razonable? La respuesta preferente será: argumentando.

¹¹⁹ Moral Soriano, Leonor. *El precedente judicial*, op.cit., p. 26-41

¹²⁰ Nino, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política – Una revisión a la teoría general del Derecho*. op.cit., p. 23

¹²¹ Moral Soriano, Leonor. *El precedente judicial*. op.cit., p. 26-41

El objeto de la teoría de la argumentación es el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar la adhesión o el acuerdo de mentes a las tesis que se han presentado a su asentimiento. Tenemos entonces que el objeto de la teoría son los argumentos, los protagonistas son el orador y la audiencia y el propósito es convencer al auditorio con su adhesión¹²².

Con lo dicho hasta aquí, respecto del razonamiento jurídico, resulta plausible sostener que LÓPEZ MEDINA no da el alcance de argumental al precedente judicial en su texto, porque si así fuera, se preocuparía por aspectos tales como la razonabilidad de los argumentos, por el sujeto que emite la sentencia, por el que la recepciona y por la adhesión del auditorio sobre la misma. Por el contrario, en el *derecho de los jueces* brillan por su ausencia estos elementos esenciales de la argumentación, adquiriendo protagonismo el aspecto de la autoridad, que él mismo denomina “vinculatoriedad”, tratando de morigerarla cuando la presenta como “relativa”. Así las cosas, si se reconoce que el precedente no otorga respuestas únicas correctas sino que simplemente es utilizado de manera argumentativa, la pregunta que resulta insoluble en este punto sería la siguiente: ¿Qué importancia tiene hablar de su vinculatoriedad?

1.3.3. Indicios de una teoría crítica en LÓPEZ MEDINA

El paradigma argumentativo no es el único al que apela el autor. En muchos apartes es dable notar la influencia de los estudios críticos del derecho. Antes de abordar este punto, vale la pena realizar una somera descripción de lo que se entiende por estudios críticos.

El profesor CÁRCOVA ha sostenido que el paradigma crítico tiene la importancia de develar o poner de presente problemas y respuestas alternativas a lo que tradicionalmente se ha entendido como Derecho. En ese camino se comprenden las teorías críticas del Derecho porque aspiran a romper las posturas tradicionales del positivismo e iusnaturalismo. Empero, debido a las múltiples vertientes desde las que se emprenden las críticas, no existe una uniformidad en las teorías críticas, por lo que apenas es dable hallar puntos generales y comunes que coadyuvan a identificar una teoría como crítica del derecho. Dichos puntos comunes en las teorías críticas serían los siguientes: a) critican el ontologismo y el normativismo de las teorías iusnaturalistas y

¹²² *Ibíd.*, p. 44-63

las teorías iuspositivistas; b) critican la visión explicativista del derecho incursionada por el causalismo de las ciencias naturales y, en su lugar, adoptan un modelo dialéctico comprensivo; c) reconocen la crisis de la filosofía de conciencia porque parten del supuesto que la sociedad determina a los individuos y no éstos a aquella; y d) afirman que existe una importante y estrecha relación entre el derecho y la ideología¹²³.

Muestra de algunas de las anteriores características se vislumbran en *el derecho de los jueces*. Así, por ejemplo, se propone una reflexión sobre la relación norma y cultura jurídica¹²⁴, según la cual, la primera no resulta independiente de la segunda. Los estudios críticos emprenden los cuestionamientos a la teoría jurídica tradicional desde una visión que supera el problema de la validez en el derecho¹²⁵. En este punto vale la pena mencionar la cercanía del autor con el profesor Duncan Kennedy, uno de los máximos exponentes de los *critical legal studies*, movimiento que, junto a la *association critique du droit, uso alternativo del derecho y enfoques epistemológicos de pluralismo jurídico*, constituyen lo que hoy en día se reconoce como los estudios críticos del derecho¹²⁶.

Aunado a lo anterior, en el *derecho de los jueces* se percibe cierta preocupación por la influencia del poder en el tratamiento de la categoría jurídica del precedente judicial. Específicamente, llama la atención que LÓPEZ MEDINA relacione las instituciones jurídicas con los momentos coyunturales sociales y políticos del país¹²⁷, como sería, por ejemplo, la pugna sobre el monopolio de las fuentes que se desató en un primer momento entre las Altas Cortes y el Congreso de la República y, más recientemente, los intentos de modificación del artículo 230 de la Constitución Política, a partir de iniciativas de reformas judiciales impulsadas por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez¹²⁸.

¹²³ Cárcova, Carlos María. *Notas acerca de la teoría crítica del Derecho*. En: Courtis, Christian (Ed.) e *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Ed.: Eudeba, 2009, p. 19 – 38

¹²⁴ López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. op.cit., p. 20

¹²⁵ Wolkemer, Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. En: Rodríguez, César (Editor). *Colección en Clave de Sur*. 1ª Ed., Bogotá, Ed.: ILSA, 2003, p. 45 – 80

¹²⁶ Al respecto, Correas, Oscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*. 1ª Ed., México, Ed.: Fontamara, p. 19-45

¹²⁷ López Medina, Diego. *Materiales para la reforma del artículo 230 de la Constitución Política*. En: *Ámbito Jurídico*. Consultado en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-111004-06_materiales_para_la_reforma_del_articulo_230_de_la_constitucion_/noti-111004-06_materiales_para_la_reforma_del_articulo_230_de_la_constitucion_.asp?print=1 (18.01. 2015)

¹²⁸ López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. op.cit., p. 97-100

1.3.4. La propuesta no es crítica por cuanto no supera el problema de la validez del derecho

No obstante lo anterior, la influencia del paradigma crítico del derecho no se materializa en el resto de la obra, pues tal como se observó con la metodología de análisis estático y dinámico del precedente, la preocupación persiste en el campo de la validez del derecho: lo importante es la identificación de la “sub-regla” de derecho, antes que su legitimidad o eficacia. Adicionalmente, el autor no reconoce que las relaciones de poder determinen el ordenamiento jurídico, sino que, en un sistema jerárquico, son las normas las que determinan el desarrollo de lo político.

Si LÓPEZ MEDINA fuera un autor crítico, no le preocuparían los intentos reformistas del artículo 230 de la constitución Política de los gobiernos de turno¹²⁹. Alguien que conciba una teoría crítica del precedente jurisprudencial desde un punto de vista radical, se caracteriza por el rechazo tradicional al sistema de fuentes en el derecho. De hecho, rechazaría que la legitimidad de las fuentes esté dada por lo que dice un artículo constitucional. En ese sentido, LÓPEZ MEDINA cae en una paradoja, pues de un lado defiende que aun cuando el artículo 230 de la Constitución es claro en cuanto a la “auxiliaridad” de la jurisprudencia, el precedente es vinculante por cuanto valores como la seguridad jurídica, la aplicación igual de la ley, el principio de buena fe materializado en la confianza legítima y el carácter decantado de la jurisprudencia, harían que el precedente sea vinculante independientemente de la literalidad del artículo constitucional atrás referido. Entonces emerge la pregunta ¿por qué preocuparse por una reforma a dicho artículo? ¿Acaso el artículo 230 no es lo suficientemente claro sobre el valor auxiliar de la jurisprudencia y, aun con ello, se sigue defendiendo la vinculatoriedad del precedente?

1.4. CONCLUSIÓN

Se acaba de presentar un capítulo cuyo propósito principal era la descripción crítica de una de las más famosas posturas a favor de la “vinculatoriedad” del precedente judicial en Colombia: la tesis del profesor LÓPEZ MEDINA. Ciertamente la postura del profesor colombiano debería catalogarse como una tesis a favor de la “vinculatoriedad relativa del precedente” porque, tal

¹²⁹ *Ibíd.*, p. 100-104

como se puede inferir de las líneas que preceden, se trata de una visión que no pretende el seguimiento del precedente de forma absoluta, pues reconoce que existen hipótesis en las que los funcionarios judiciales tienen la potestad de apartarse de las sentencias proferidas por las Altas Cortes.

La tesis de la “vinculatoriedad relativa del precedente” ostenta importantes ventajas respecto al legocentrismo imperante en la cultura jurídica colombiana tradicional, el cual solamente reconocía como fuente del derecho a la ley formalmente emanada por el Congreso de la República, cuyos atributos liberales eran la impersonalidad, generalidad y abstracción. El abrir las puertas al precedente implica reconocer las insuficiencias de la legislación y configura un intento por tratar de superarlas. En efecto, los defectos de la ley se reducen en la medida que los funcionarios, mediante las sentencias, funjan como catalizadores del derecho que debe imperar en la sociedad. Así, por ejemplo, los jueces reducen el grado de indeterminación de las disposiciones normativas, emiten respuestas a problemáticas sociales de manera más ágil e inmediata y, además, permiten que el valor de la justicia se alcance en mayor medida.

Ahora bien, el hecho que la tesis a favor de la “vinculatoriedad relativa del precedente” posea grandes ventajas respecto a la tesis tradicional del legocentrismo, no significa en lo absoluto que ésta resulte perfecta y agotada. Desde la perspectiva de esta tesis, resulta menester avanzar en los puntos críticos y controversiales del pensamiento de LÓPEZ MEDINA, pues sólo así se puede llegar a un análisis del precedente jurisprudencial acorde a las necesidades sociales. La invitación que se ha sugerido consiste, entonces, en releer la obra del profesor colombiano para establecer las falencias de la misma. Por la senda de ese camino, se acaban de identificar las siguientes insuficiencias:

a) Reducir la existencia de precedentes judiciales a “**sub-reglas**” jurisprudenciales, negando la importancia y la necesidad de que existan “**sub-principios**” jurisprudenciales.

b) Limitar la importancia del precedente jurisprudencial al ámbito de la validez, desatendiendo el ámbito de la legitimidad. Al respecto, cabe aclarar que el profesor colombiano considera que las decisiones judiciales ostentan legitimidad si provienen de alguna de las fuentes aceptadas dentro

del ordenamiento jurídico y son lo más cercanas posible al derecho preexistente; sin embargo, olvida que la legitimidad de la sentencia también deriva del contenido mismo de dichas fuentes.

c) Presentar una visión “formalista” del análisis jurisprudencial. Concatenado con lo anterior, la tesis de la “vinculatoriedad relativa del precedente” peca por preocuparse únicamente de la identificación de la “sub-regla” de derecho, mas no del contenido moral de la misma. El hecho que se aspire a la construcción sistemática de conceptos jurisprudenciales no garantiza el rechazo al “formalismo” jurídico y, por el contrario, parece ubicar a la tesis en el mismo nivel del conceptualismo alemán. A propósito de esta última característica, se recuerda que el formalismo *es un movimiento que acepta la plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación silogística de las normas o, en su versión más avanzada, la construcción sistemática de conceptos.*

d) Olvidar aspectos orgánicos relevantes que imposibilitan la materialización de la propuesta en la práctica, tales como, por ejemplo, el modelo de calificación judicial colombiano. Sobre este último aspecto se profundizará en el último capítulo de este trabajo, por lo que por ahora basta mencionar que mientras dicho modelo permanezca vigente, en Colombia no se permitirá un verdadero diálogo entre las Altas Cortes y los demás Jueces de la República.

e) La no superación de la dicotomía seguridad jurídica y justicia del caso en concreto. Aunque la relación de estos principios es un tema teóricamente discutible, se cuestiona que LÓPEZ MEDINA reconozca que pueden presentarse casos donde prevalece la seguridad jurídica sobre el valor de la justicia.

f) La existencia de contradicciones conceptuales fundamentales en el pensamiento del autor. Particularmente, parece contradictoria la concepción que tiene el profesor respecto al “formalismo” jurídico (magistralmente expuesto en *La teoría impura del derecho*) y la propuesta metodológica de reconstrucción y análisis jurisprudencial (desarrollada en *el derecho de los jueces*). En ese mismo sentido, se cuestiona que LÓPEZ MEDINA justifique sus posturas teóricas en el pensamiento crítico y argumental, cuando ninguno de los dos fue materializado siquiera tímidamente en la propuesta de análisis de jurisprudencia.

III. CAPÍTULO 2. TESIS A FAVOR DE LA VINCULATORIEDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA - PARTE II-

1. LA TESIS DEL PROFESOR BERNAL PULIDO: UN CONCEPTO NORMATIVO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Otro afamado defensor de la vinculatoriedad del precedente judicial en el derecho colombiano es el profesor CARLOS BERNAL PULIDO, quien, en el texto *el derecho de los derechos*, particularmente en los capítulos quinto y sexto (primera edición del año 2005), realiza un análisis sobre la figura del precedente y su fuerza vinculante. La disertación trasiega los caminos de una teoría normativa, tal como a continuación se evidencia:

1.1 EL OBJETIVO DE “EL DERECHO DE LOS DERECHOS”: ENTRE EL NOBLE SUEÑO Y LA PESADILLA

La primera reflexión que realiza el profesor colombiano gira en torno a si el juez cumple un papel de mero aplicador del derecho o si, por el contrario, le está encomendada su creación. Con ese propósito rememora la obra de HART: *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream*. *The Nightmare* (la pesadilla) sería aquel escenario en el que el juez crea derecho de manera discrecional y arbitraria, mientras que *The Noble Dream* (el noble sueño) sería el contexto en el que el juez no crea derecho, sino que aplica y concretiza los principios generales de la Constitución (portadora de la moral pública) en el marco de un ordenamiento jurídico pleno¹³⁰.

Desde mi perspectiva, la conclusión en torno a la Pesadilla se extrae de los siguientes apartes¹³¹:

“The nightmare is this. Litigants in law cases consider themselves entitled to have from judges an application of the existing law to their disputes, not to have new law for them (...) The Nightmare is that this image of the judge,

¹³⁰ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. 1ª ed. Bogotá. Ed.: Universidad Externado de Colombia. 2008, p. 17

¹³¹ “La pesadilla es esta. Los abogados litigantes aspiran que los casos sean resueltos por parte de los jueces de conformidad con el derecho existente y no aspiran a que ellos emitan una nueva ley para ellos. (...) La pesadilla es que la imagen del juez, claramente distinto a la del legislador, desaparezca, y las expectativas que genera desaparezcan para estar condenados a la decepción. (...) La pesadilla de un proceso judicial como un acto arbitrario de creación del derecho ha atemorizado en gran medida a la teoría jurídica estadounidense, aunque los escritores adeptos a ella, a menudo han modificado la cara del hecho recalcitrante”. (Traducción del autor)

distinguishing him from the legislator, is an illusion, and the expectations which it excites are doomed to disappointed (...) the Nightmare vision of the judicial process as a legally uncontrolled act of law making has at time figured largely in American legal theory even though the writers caught up in it have often modified it in the face of recalcitrant facts”¹³².

Así mismo, en lo referente al Noble Sueño, cabe destacar¹³³:

“Courts should not consider themselves free to legislative for such cases, not even in accordance with their conceptions of justice or social good, but should instead search in the existing system for a principle of principles which singly or collectively will both serve to explain the clear existing rules and yield a determinate result for the instant case”¹³⁴.

La pesadilla tiene, a su turno, una visión negativa y positiva. De un lado, la perspectiva negativa de la pesadilla sostiene que la facultad de aplicar las cláusulas generales que se encuentran en los textos constitucionales realmente atribuye a la Corte Constitucional un auténtico poder para crear nuevas normas: las denominadas por LÓPEZ MEDINA “sub-reglas”. De otra parte, el panorama positivo de la pesadilla enseña que el fin de un Estado Social de Derecho es la eficacia directa de los derechos fundamentales, motivo por el cual, es legítimo que cualquier juez cree derecho si ello es necesario para alcanzar el fin mencionado. En ese sentido, el margen de discrecionalidad que la interpretación de los derechos fundamentales le atribuye a la Corte es una estrategia legítima para el cambio social por cuanto garantiza la materialización de los derechos fundamentales, descuidados tradicionalmente por el Estado, lo que además justificaría la influencia de la política en la actividad judicial¹³⁵.

Al igual que acontece con la pesadilla, en torno al noble sueño es dable identificar una tesis pesimista y una optimista. La primera tesis, la pesimista, afirma que si bien es cierto que los derechos fundamentales son el pilar del Estado Social de Derecho, también lo es que darle a los

¹³² Hart, Herbert. *American jurisprudence through english eyes: The nightmare and the noble dream*. En: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. 1ª ed., Oxford, ed.: Oxford., 1983, p.: 126-129. Consultado en: www.oxfordscholarship.com/view.10.1093/acprof:oso/9780198253884-chapter-5 (5.11. 2014)

¹³³ “Las tribunales no deberían considerarse a ellos mismos como libres para legislar en cada caso, ni siquiera para justificar la búsqueda de la justicia o del interés general, pero deberían buscar en el sistema existente un principio de principios, el cual, singular o colectivamente sirva para explicar la existencia de normas existentes que conduzcan a un resultado para cada uno de los casos.” Traducción del autor.

¹³⁴ *Ibíd.*, p.: 135-136

¹³⁵ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. op.cit., p. 18-19

jueces la potestad para la creación de normas a la luz de ese argumento, puede resultar contrario al modelo democrático, razón por la cual, las decisiones de la Corte Constitucional no deberían estar por encima de las del legislador y la administración. La segunda tesis, la optimista, defiende la idea de que los jueces crean derecho pero con el contenido del derecho en estricto sentido, es decir, los jueces sí se limitan a aplicar, mediante la concretización, los derechos fundamentales, lo cual propone un desafío en la construcción de un “buen juez” que debe: a) Hacer una reconstrucción de los fundamentos políticos y morales de la Constitución Política, b) Tener una visión coherente y consistente del ordenamiento jurídico y c) Tener una conciencia acendrada acerca de las reglas de racionalidad que todo proceso argumentativo debe respetar¹³⁶.

Sobre esta base, el texto busca desatar el siguiente interrogante: ¿De qué manera y hasta qué punto los jueces, y particularmente la Corte Constitucional, puede llegar a la aplicación racional de los derechos fundamentales?¹³⁷

1.2. PERSPECTIVA DE BERNAL PULIDO SOBRE LA FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL: TESIS ESCÉPTICAS Y TESIS OPTIMISTAS

La pregunta inmediatamente anterior conlleva, en la obra del autor, muchas respuestas con diferentes aristas, tales como, por mencionar algunas de estas, la necesidad de que los jueces apliquen los principios de racionalidad, proporcionalidad, ponderación e igualdad. La presente reflexión tiene como propósito retomar solamente uno de los senderos que se recorre en *el derecho de los jueces*: del que se desprende que el precedente jurisprudencial sí tiene fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano.

En el capítulo sexto del libro cuya primera edición data del año 2005, el profesor BERNAL PULIDO procura dar respuesta a los interrogantes que a continuación se transcriben: ¿Por qué la jurisprudencia tiene fuerza vinculante? En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, entonces, se cuestiona: ¿Tiene características especiales esa fuerza vinculante? ¿Es una fuerza *soft*? ¿Qué circunstancias determinan las atenuaciones?¹³⁸

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 20-21

¹³⁷ *Ibíd.*, P. 21

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 196

Con el objetivo de contextualizar el problema, el doctrinante colombiano rememora que históricamente el papel que cumplen las decisiones judiciales dictadas por las Altas Cortes ha concentrado la atención de los juristas nacionales, puesto que disposiciones tales como el artículo 4º de la ley 19 de 1896 y el artículo 10º de la ley 153 de 1887, relativas al establecimiento de la “doctrina legal probable”, evidencian la angustia permanente hacia este tópico.

Adicionalmente, manifiesta el autor, el precedente judicial debe ser comprendido desde la óptica del “Neo-constitucionalismo”. A su parecer, con ocasión de esta teoría el país se encuentra ante un cambio en el sistema de fuentes tradicional, cuyos postulados de supremacía de la Constitución Política y de los derechos fundamentales, ubican a la Corte Constitucional como el máximo órgano de poder que, en aras de salvaguardar los postulados mencionados, adquiere unos poderes impensados que desnaturalizan cualquier idea tradicional en torno al equilibrio de poderes¹³⁹.

A partir de estos dos presupuestos emprende la tarea de caracterizar las grandes tesis que giran en torno a la “fuerza vinculante” del precedente jurisprudencial, esto es, la tesis escéptica y la tesis optimista.

La **tesis escéptica**, como de su nombre se infiere, niega la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial. Su postura encuentra sustento en la interpretación literal del artículo 230 de la Constitución Política que sostiene la auxiliariedad de la jurisprudencia como fuente del derecho. Pero no solo se defiende la literalidad del canon constitucional, sino que, además, aduce que obligar a los jueces a fallar los casos que se ponen en su conocimiento conforme a como lo han fallado las Altas Cortes, sería contrario a la garantía constitucional de la independencia judicial.

Los problemas de la tesis escéptica serían varios, a saber:

a) Defiende la idea de un sistema jerárquico de fuentes del derecho, acuñado por primera vez por el profesor ADOLF JULIUS MERKL. Sistema retomado por la “teoría pura del

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 149-151

derecho” del profesor Austriaco HANS KELSEN al proponer el sistema jerarquizado de fuentes, en cuya cúspide se encuentra la norma fundante básica de la que las demás normas del ordenamiento jurídico derivan su validez¹⁴⁰. Al asumir tal defensa, la tesis escéptica ha identificado al positivismo con el formalismo interpretativo, esto es, con un modelo de aplicación aislado de factores exógenos como la moral y la política, que, además, observa al juez como la “boca de la ley” en la medida que este resuelve los casos mediante el silogismo jurídico¹⁴¹. Sin embargo, el mismo KELSEN reconoció, en su tradicional crítica a SCHMITT y en el capítulo VIII de su obra cumbre, que es imposible separar la aplicación de la justicia de la política y que muchas veces los jueces cuando manifiestan aplicar el derecho realmente lo están creando¹⁴².

b) No configura un diálogo con la tesis optimista porque no controvierte los argumentos a favor del reconocimiento de la fuerza vinculante del precedente judicial. Al respecto, se rechaza que la tesis escéptica se conforme con argumentar que el artículo 230 de la C. P. es claro en cuanto al valor auxiliar de la jurisprudencia constitucional y omite valorar los argumentos de la tesis optimista, estos son, que el precedente judicial debe ser vinculante por cuanto garantiza la coherencia, la igualdad, la reducción del ámbito de discrecionalidad de los jueces inferiores y la estabilidad del sistema jurídico, materializada en la seguridad jurídica y en el principio de confianza legítima¹⁴³.

c) Materialmente en los pronunciamientos jurisprudenciales se pueden identificar los mismos elementos que otorgan el carácter vinculante a las leyes. En virtud de esta crítica, se argumenta que la parte resolutive de una sentencia coincide con la forma como se redacta una norma, en la que hay un titular que tiene un derecho frente a un destinatario que debe hacer lo que dice la norma, so pena de que este último sea acreedor de una sanción¹⁴⁴.

d) Resulta equivocada la interpretación que se hace del artículo 230 de la C. P. Desde este punto de vista, se cuestiona que la referencia al imperio de la ley se relacione unívocamente

¹⁴⁰ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. op.cit., p. 232-284

¹⁴¹ Beccaria, Cesar. *De los delitos y de las penas*. op.cit., p. 31

¹⁴² Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. op.cit., p. 349-358

¹⁴³ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. op.cit., p. 200

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 201

con el imperio del texto escrito, pues una comprensión integral de la Carta permite comprender que el juez realmente está sometido al imperio del ordenamiento jurídico en su conjunto. Aunado a lo anterior, no se comparte el alcance que se le pretende otorgar a la garantía de la independencia judicial, ya que esta significa la autonomía de juzgador respecto a los intereses y poderes externos al sistema jurídico, mas no a la autonomía frente al sistema de fuentes del derecho. Llevando al extremo la situación, resultaría absurdo sostener que exigir del funcionario judicial el sometimiento a la Constitución Política atenta contra la independencia judicial¹⁴⁵.

Por su parte, **la tesis optimista** considera plausible y necesario el reconocimiento de la “fuerza vinculante” a la jurisprudencia. Si bien es cierto que el profesor BERNAL PULIDO declara encontrar mayor afinidad con la tesis optimista, también lo es que reconoce en ella algunos problemas de índole teórico y práctico, tal como a continuación se proceden a sintetizar:

Los problemas teóricos:

- a) El reconocimiento de la fuerza vinculante de la jurisprudencia tradicionalmente va acompañado de metodologías que impiden la evolución y el cambio de la jurisprudencia. Situación ante la cual, un adecuado modelo debe reconocer técnicas como el *distinguish* y el *overruling* para evitar la petrificación del derecho.
- b) La fuerza vinculante de la jurisprudencia materializa la igualdad y la universalidad en la aplicación del derecho, pero cuando se trata de corregir un error interpretativo la cosa cambia, porque puede que la *ratio decidendi* recoja las propiedades de solo uno de los casos. Esta no es una crítica clara en el texto y parece corresponder a un caso que debe ser resuelto mediante el *distinguish*, por cuanto se trata de la presencia de propiedades diferentes entre dos casos.
- c) El argumento de la estabilidad del sistema jurídico, recurrentemente utilizado por la tesis optimista, no puede ser una camisa de fuerza para el funcionario judicial, ya que se pueden presentar casos donde la estabilidad del sistema jurídico debe ceder para dar paso a otros valores como el de la justicia material de un determinado caso.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 201 - 203

d) La modificación del precedente no debería estar en cabeza exclusiva de los jueces de mayor jerarquía porque sería una visión excluyente que se traduciría en el riesgo de petrificar el derecho.

Los problemas prácticos:

a) La falta de certeza constitucional sobre la existencia de una única Corte de cierre, detonante del denominado “choque de trenes”, impide saber cuál precedente exactamente tiene el valor de fuerza vinculante.

b) Se carece de un sistema exhaustivo de compilaciones jurisprudenciales de las decisiones de todos los jueces de la república.

c) Faltan mecanismos que disciplinen a los jueces de menor jerarquía para seguir el precedente judicial.

1.3. PROPUESTA DEL AUTOR PARA SUPERAR LAS DEFICIENCIAS DE LAS TESIS ESCÉPTICAS Y LAS TESIS OPTIMISTAS: TRATAMIENTO AL PRECEDENTE COMO NORMA ADSCRITA

El “Neo-constitucionalismo” adquiere un papel protagónico en la propuesta de BERNAL PULIDO, por lo que a continuación se presenta una reflexión sobre el particular.

1.3.1. La discusión sobre el neoconstitucionalismo

En el texto *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, si bien el autor reconoce la dificultad de llegar a una definición y caracterización unívoca en torno al concepto de “Neo-constitucionalismo”, debido a la múltiples concepciones al respecto, afirma que es dable llegar a sostener que el núcleo, el factor común, de todas las variantes está dado por: el reconocimiento de que los derechos fundamentales son principios que deben ser aplicados por las autoridades

judiciales mediante la ponderación¹⁴⁶. Para arribar a la anterior conclusión, el profesor realizó un análisis de las posturas encontradas entre PRIETO SANCHÍS y GARCIA AMADO.

Lejos de una pretensión rigurosa en la reconstrucción del debate, es suficiente anotar que, de un lado, PRIETO SANCHÍS defiende la idea de que los “Neo-constitucionalistas” tienen una concepción de la constitución caracterizada por: a) ser material, es decir, con un contenido sustantivo, b) ser omnipresente por cuanto irradia a todo el ordenamiento jurídico y c) ser principialista, lo que justifica que su aplicación se dé mediante formas de argumentación como la ponderación; mientras que, del otro lado, GARCIA AMADO, luego de cuestionar que en la anterior caracterización no se diferencia que hay casos donde la Constitución Política claramente dice lo que se debe hacer, algunos donde no dice nada y otros en los que no es claro lo que se quiere decir; concluye que la Constitución cuenta con los siguientes atributos: a) tiene un contenido normativo, en cuanto se agota en el alcance de sus textos, b) no irradia todo el ordenamiento jurídico porque hay temas sobre los que simplemente no menciona nada (por ejemplo, no impone límite cuantitativo a la tenencia de mascotas) y c) no debe ser aplicada mediante la ponderación, sino mediante la subsunción y la interpretación¹⁴⁷.

En el marco de dicha pugna académica, BERNAL PULIDO trata de terciar manifestando, se repite, que el núcleo central del “neo constitucionalismo” es que los derechos fundamentales son principios que deben ser aplicados por las autoridades judiciales mediante la ponderación, pero, hace la claridad, ello obedece a una visión mixta en la que se entiende que tanto la concepción lingüística de la Constitución como la visión axiológica resultan trascendentales. En ese sentido, el autor reconoce la importancia de la actividad judicial, la cual, a través de normas adscritas, trata de concretizar las disposiciones abiertas que traen los textos constitucionales cuando positivizan los derechos fundamentales y, por ende, justifica el papel protagónico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁴⁸. En otras palabras, se tiene que, a partir del “Neo-constitucionalismo”, la jurisprudencia constitucional ocupa un lugar central en el ordenamiento jurídico por cuanto concretiza las disposiciones constitucionales.

¹⁴⁶ Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 92

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 79-89

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 105-119

1.3.2. El precedente jurisprudencial es una norma con fuerza vinculante

Allí se edifica la propuesta del autor. El profesor colombiano afirma que la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial es una propiedad que se desprende de la equiparación de este con cualquier norma jurídica. En efecto, el precedente jurisprudencial atribuye al destinatario el deber de seguir lo prescrito por él, so pena de hacerse merecedor de una sanción. Implica lo correlativo a todo derecho subjetivo: la existencia de un titular que tiene la competencia para exigir judicialmente su cumplimiento y, en caso de que no se lleve a cabo, exigir judicialmente la sanción. Las sentencias ya no son la ley particular de que hablaba KELSEN¹⁴⁹.

Retomando *el derecho de los derechos*, la pregunta sugestiva que trata de resolver el profesor colombiano es la siguiente: ¿Existen normas generales en la parte motiva de la sentencias y, de existir, qué clase de normas serían?¹⁵⁰ El cuestionamiento tiene unos presupuestos muy importantes. BERNAL PULIDO reconoce que tradicionalmente se ha identificado a la norma jurídica con el concepto de ley escrita, promulgada con un fin explícito, mediante un procedimiento establecido y por la autoridad que tiene la competencia para hacerlo: el legislador. Así, para lograr predicar la existencia de normas jurídicas en los precedentes jurisprudenciales, se debe ampliar el concepto de “norma jurídica” de modo tal que también se reconozca a esta como producto de procesos argumentativos llevados a cabo por el juez, en el contexto de la aplicación del derecho -por temas del lenguaje, la aplicación también conlleva la creación del derecho¹⁵¹-. Adicionalmente, se debe reconocer que la parte motiva de las providencias no tiene las características tradicionales de las normas que permiten su aplicación mediante el silogismo jurídico, en el que la premisa mayor es la ley, la premisa menor es el caso y la conclusión sería la sentencia.

La redefinición conceptual a la que se ha hecho referencia lleva al autor a seguir a CRISAFULLI en cuanto a la distinción entre disposición y norma. Analógicamente a lo que sucede en la teoría de la estructura del signo lingüístico, en la que es claramente diferenciable el significado y el

¹⁴⁹ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. op.cit., p. 251-254

¹⁵⁰ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. op.cit., p. 209

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 210

significante, el profesor italiano acota que el término “disposición” discrepa del término “norma”. La “disposición” es el signo que establece la norma, es decir, es aquel enunciado o texto del que no se deriva nada porque solamente es un signo, mientras que la “norma” sería la disposición interpretada en un caso en concreto. En ese sentido, la pirámide tradicional del sistema de fuentes, instaurado por la idea a jerarquización de MERKL, contiene disposiciones que para llegar a ser normas requieren ser interpretadas. En virtud de lo anterior, los enunciados deónticos como los mandatos, prohibiciones y permisos nacen de las interpretaciones de las disposiciones, mas no de los textos mismos¹⁵². Ante ese panorama se procede a una reforma del sistema tradicional de fuentes en el que se destaca que las normas jurídicas no se encuentran en las disposiciones, sino en su interpretación, la cual, en el ordenamiento jurídico colombiano, es aquella que realiza con autoridad la jurisprudencia.

1.3.3. La distinción entre casos fáciles y casos difíciles

En defensa de lo anterior, afirma el profesor colombiano, se tiene que en los casos fáciles la disposición determina por entero o casi por entero la interpretación y, por ende, la existencia de la norma jurídica. Piénsese, por ejemplo, en el vagón de un tren que tiene un letrero mediante el cual se impide el ingreso de gatos y, no obstante ello, una persona pretende acceder al vehículo con un felino de este tipo, la respuesta correcta de aplicación del derecho, ineludiblemente, será aquella que impida el ingreso del animal¹⁵³. En el anterior ejemplo, la disposición es el texto visible en el letrero y la norma es la prohibición de ingreso como tal. Ahora, la fuerza vinculante, y en ello se es enfático, es un atributo que se predica de la norma (del mandato prohibitivo), mas no de la disposición que *per se* no dice nada. En los casos fáciles la función creadora del funcionario judicial se reduce al mínimo, pues la fuerza vinculante de la jurisprudencia se opaca por la fuerza vinculante de la ley clara. Pero, se insiste, la fuerza vinculante se debe dar a las normas y nunca a la disposición. Por consiguiente, la validez de la sentencia resultante se fundamenta en la interpretación de una disposición de acuerdo con el ordenamiento jurídico en

¹⁵² Alexy, Robert. *Teoría sobre los derechos fundamentales*. Trad.: Ernesto Garzón Valdés. 1ª ed., Madrid, ed.: Centro de Estudios Constitucionales., 1997, p. 47-80

¹⁵³ Es una adaptación del ejemplo que se encuentra en: Uprimny Yepes, Rodrigo. Rodríguez, Andrés Abel. *Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación*, op.cit., p. 108

cuanto ha sido emitida por una autoridad competente mediante el procedimiento establecido para tal fin.

Debido a los problemas del lenguaje, es dable encontrar casos realmente difíciles como acontece, por ejemplo, en la hipótesis del servicio de transporte público que impide el ingreso de “gatos” cuando una persona, dedicada al oficio de la mecánica automotriz, aspira ingresar al vehículo con un gato hidráulico. Otro ejemplo se presenta cuando se debe determinar si la interposición de un camión con objeto de impedir la salida de un vehículo constituye un acto de “violencia”¹⁵⁴. Como puede avizorarse, se consideran casos difíciles aquellos en los que la disposición es indeterminada por los atributos mismos del lenguaje. ¿Qué hacer ante los casos difíciles? En este punto, la teoría de BERNAL PULIDO sostiene que el juez debe concretizar una norma adscrita. Cuando el lenguaje de las normas no es claro entre la circunstancia fáctica del caso en concreto y su interpretación, hay una gran distancia que sólo se puede acortar si se apela a la jurisprudencia. De hecho, la jurisprudencia concretiza las normas adscritas porque estas se adscriben a las disposiciones existentes en las fuentes jurídicas. La anterior, a su juicio, es una descripción de lo que permanentemente hace la Corte Constitucional cuando concretiza los principios abiertos que trae la Constitución Política¹⁵⁵.

1.4. LA TEORÍA DE LA NORMA ADSCRITA COMO FUNDAMENTO DE LA FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Analicemos con detenimiento la teoría de la norma adscrita a partir de los textos que más desarrollo han mostrado en el punto: a) *el derecho de los derechos* y b) *el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Del primero ya se ha hecho una caracterización genérica previamente (aparte 1.1.), por lo que a esta altura sólo corresponde hacer lo pertinente en torno al segundo. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* es la tesis doctoral que desarrolló BERNAL PULIDO en la Universidad de Salamanca, de la cual se conocen cuatro ediciones en español: la primera de 2003, la segunda de 2005, la tercera de 2007 -todas ellas a cargo de la editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en Madrid

¹⁵⁴ Mir Puig, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 1ª ed., Barcelona, ed.: Ariel, 1994, p. 23

¹⁵⁵ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. op.cit., p. 211-214

(España)- y la cuarta de 2014 – esta última con el sello editorial de la Universidad Externado de Colombia-. En el presente estudio se tomó la tercera edición por cuanto, a nuestro parecer, conserva de mejor manera la idea central del autor en lo que atañe a la caracterización de las normas adscritas.

El propósito de la investigación consiste, tal como de su título se infiere, en establecer el papel del principio de proporcionalidad en cuanto criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante al legislador¹⁵⁶. En ese sentido, la tesis doctoral pretende una reflexión en torno al papel que cumplen los tribunales que ejercen el control de constitucionalidad sobre las leyes, quienes, como garantes de los derechos fundamentales, tienen la potestad de excluir del ordenamiento jurídico aquellos mandatos legales contrarios a las garantías fundamentales. Dicho control constitucional, sostiene el autor, se da en el marco de un conflicto de carácter normativo.

Las dificultades para sostener lo anterior resultan palmarias. El texto se ve abocado en la necesidad de aplicar las cláusulas que contienen los derechos fundamentales y que, por regla general, se presentan como disposiciones indeterminadas que en pocas ocasiones ofrecen una respuesta suficiente para la solución de casos concretos. El presupuesto lógico es evidente: para aplicar los derechos fundamentales en el control constitucional se debe establecer cuál es su contenido. La pregunta por antonomasia sería ¿cómo se determina el contenido de los derechos fundamentales? Para BERNAL PULIDO, la determinación normativa de las disposiciones que consagran derechos fundamentales sólo es posible mediante la concreción que lleva a cabo el tribunal constitucional, por lo que dicha determinación es producto de un acto jurisdiccional que se pretende a sí mismo como correcto, reconocido en la práctica como tal, a partir de una adecuada fundamentación¹⁵⁷. En la anterior concepción resulta evidente la influencia del pensamiento del profesor ALEXY, quien afirma que el derecho es un sistema de normas que formula una pretensión de corrección¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed., Madrid, ed.: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 64

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 65

¹⁵⁸ Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad.: Jorge M. Seña. 1ª ed., Barcelona, ed.: Gedisa., p. 123

Por consiguiente, el acto de concreción que lleva a cabo el tribunal constitucional no es un acto de mera autoridad que implique creación normativa, sino que, por el contrario, es un acto de fundamentación que conlleva a la aplicación de una rigurosa interpretación de los derechos fundamentales. El interrogante sería, entonces, ¿cuál es una fundamentación correcta? La respuesta que formula el autor: “aquella que se estructura mediante un razonamiento jurídico riguroso o lógico, provisto de racionalidad y que no utiliza argumentos de oportunidad política”¹⁵⁹. A su juicio, el principio de proporcionalidad satisface adecuadamente aquellos requisitos¹⁶⁰. El anterior es el hilo conductor de la tesis doctoral del autor.

Por lo que acá interesa, se debe retomar la diferencia entre *disposición* y *norma* a la luz de la teoría jurídica previamente reseñada por CRISAFULLI, según la cual, se recuerda, las *disposiciones* son las formulaciones constitutivas, precedentes y condicionantes de una norma incluida en el texto de una fuente de derecho, mientras que las *normas* son el contenido prescriptivo de las disposiciones jurídicas y, en esa medida, son el producto de su interpretación¹⁶¹. La anterior distinción conceptual resulta clásica en la teoría normativa. Al respecto, AARNIO ha manifestado que se debe distinguir entre *formulación de norma* y *norma*, “la primera se da en el nivel del lenguaje; es una expresión lingüística. La segunda es el contenido de significado de la expresión. Si la formulación de norma no es ambigua expresa una, y solo una, norma”¹⁶². Así mismo, GUASTINI acotó que se debe distinguir entre *enunciados normativos* y *normas*, por lo que la interpretación en abstracto nos remonta necesariamente a identificar el contenido de sentido de un texto, es decir, la norma. En todo caso, debe tenerse claro que un enunciado normativo puede expresar dos normas separadamente¹⁶³.

La distinción adquiere un papel fundamental si se tiene en cuenta que el conflicto que se genera en sede de control constitucional es de índole normativa. Así, una ley vulnera un derecho fundamental en el que interviene si su contenido es incompatible con el contenido normativo de

¹⁵⁹ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. op.cit., p. 68

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 70-74

¹⁶¹ *Ibíd.*, p.84

¹⁶² Aarnio, Aluis. *Las reglas en serio*. En: Aarnio Aulis y otros (comps.). *La normatividad del derecho*, 1ª ed. Barcelona, ed.: Gedisa, 1997, p. 19

¹⁶³ Guastini, Riccardo. *La interpretación de la Constitución*. op.cit., p. 20-67

la disposición que lo tipifica¹⁶⁴. En todo caso, la declaratoria de inconstitucionalidad se da mediante una sentencia que debe estar adecuadamente fundamentada en dos dimensiones: a) una dimensión interna que es aquella mediante la cual se infiere el fallo a partir de las premisas que lo sustentan (validez del silogismo jurídico) y b) una dimensión externa que es aquella mediante la cual se determina la validez de cada una de las premisas que lo sustentan (formulación de un enunciado subsuntivo mediante el que se determine qué se prescribe en la disposición que consagra el derecho fundamental en su forma imperativa, es decir, qué se condena, prohíbe o permite)¹⁶⁵.

Ambas dimensiones deben coexistir para lograr una adecuada fundamentación de la sentencia de constitucionalidad. Sin embargo, la dimensión externa es la que representa mayor interés para el profesor colombiano por cuanto, por regla general, se reitera, las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales están redactadas de manera indeterminada lo que demanda su concreción normativa para lograr la conformación del razonamiento jurídico.

La indeterminación de las disposiciones puede ser **semántica** cuando se proyecta sobre el significado del enunciado que puede darse: a) por ambigüedad si existen varios significados posibles, b) por vaguedad si no es claro un significado y c) por apertura evaluativa si el contenido es un juicio de valor. La indeterminación también puede ser **sintáctica** si es una incertidumbre generada por las relaciones entre los términos que lo componen como, por ejemplo, cuando no se establece claramente el propósito con el que se usan algunos signos de puntuación. Así mismo puede existir indeterminación **estructural** porque una disposición constitucional de derecho fundamental estatuye una o varias normas que se pueden cumplir de diversas formas. Otra forma de indeterminación puede presentarse por **redundancia** cuando hay concurrencia de derechos fundamentales que obedecen al mismo tiempo a dos o más disposiciones. Finalmente puede ser **pragmática** si un enunciado es indeterminado porque no

¹⁶⁴ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op.cit., p. 90

¹⁶⁵ Esta es una definición de Wroblewky, Jerzy. *Legal decision and its justification*. En: *Le raisonnement juridique* (Actas del congreso mundial de filosofía jurídica y social) citado en: Uprimny Yepes, Rodrigo. Rodríguez, Andrés Abel. *Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación*. op.cit. p. 207

establece qué tipo de acto de habla representa o, lo que es lo mismo, no se sabe si es una orden, una petición, una afirmación o un deseo¹⁶⁶.

En este punto se hace imperiosa la diferenciación entre normas constitucionales sobre derechos fundamentales *directamente estatuidas, adscritas e individuales*. Las primeras son aquellas de mayor generalidad que expresan el significado literal de las disposiciones en sentido prescriptivo, por lo que son el resultado de la traducción al deber ser de las expresiones contenidas en las disposiciones. En este caso, la disposición estatuye directamente una sola norma, lo cual explica que el juez se limite a la aplicación del silogismo jurídico, pues la premisa mayor es lo suficientemente clara¹⁶⁷.

Como quiera que el número de normas *directamente estatuidas* sobre derechos fundamentales es muy reducido, pues la mayoría de las disposiciones constitucionales presentan las indeterminaciones atrás reseñadas, se hace imperioso que el operador jurídico concretice una norma, en el marco de dicha indeterminación, que funja como premisa mayor del silogismo jurídico. Ese proceso de concreción desemboca en la formulación de una *norma adscrita*. La validez de dichas normas adscritas está garantizada por cuanto emanan de la constitución directa (cuando son desarrolladas legal, judicial o administrativamente) e indirectamente (derivada de las disposiciones constitucionales). Dicho de otro modo, la Corte Constitucional asevera que una norma adscrita tiene validez definitiva dentro de la indeterminación de la disposición. BERNAL PULIDO denomina al acto mediante la cual se proclama una validez definitiva de una norma adscrita como “una aseveración interpretativa”, el cual puede ser llevado a cabo por el legislador, por una autoridad administrativa o por la misma Corte Constitucional¹⁶⁸.

De hecho, enfatiza que las sentencias de la Corte Constitucional ameritan el tratamiento de normas porque albergan proposiciones prescriptivas, se fundamentan en disposiciones jurídicas procedentes de la Constitución Política y vinculan a los destinatarios particulares y operadores jurídicos, por la necesidad de guardar coherencia con el ordenamiento jurídico. Ahora bien, si se acepta que las sentencias del Tribunal Constitucional son normas, es evidente que se debe

¹⁶⁶ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. op.cit. p. 106-114

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 114-116

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 125-126

establecer un tratamiento especial para su modificación. Por consiguiente, cualquier cambio jurisprudencial debe ser remitido a la sala plena de la Corte y esta, so pena de no cumplir con la pretensión de corrección, debe argumentar suficientemente por qué se aparta¹⁶⁹.

Así las cosas, la fundamentación de las sentencias demanda el uso de herramientas que permitan satisfacer, de un lado, los criterios materiales de las disposiciones constitucionales en cuanto determinan qué concretos mandatos constituyen el objeto de la norma adscrita, es decir, hacen parte del ámbito normativo y, del otro, los criterios estructurales que permitan resolver los eventuales conflictos entre los criterios materiales. El principio de proporcionalidad sería una herramienta estructural fundamental en el conflicto, según se sigue de la tesis doctoral del autor colombiano¹⁷⁰.

Finalmente, las normas individuales son las contenidas en la parte resolutive de las sentencias del tribunal constitucional, por lo que se catalogan como la conclusión del silogismo. En tratándose del control constitucional de leyes, la parte resolutive se caracteriza por estar dotada del máximo grado de generalidad y abstracción¹⁷¹.

Tal como puede avizorarse, en *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, el profesor BERNAL PULIDO ha creado una teoría normativa del precedente a partir de las sentencias de control constitucional de leyes, edificando el concepto de *normas adscritas* como la mejor forma de superar la indeterminación normativa de las cláusulas que contienen los derechos fundamentales y dotar a la Constitución Política de carácter normativo. En estos términos, se considera, resulta razonable hacer la presentación del texto, siendo conscientes de que la tesis doctoral abarca muchos otros aspectos de suma importancia para la teoría jurídica que desbordan el propósito del presente estudio, tales como, por mencionar algunos, los criterios alternativos al principio de proporcionalidad, las teorías sobre los derechos fundamentales y la estructura y contenido del principio de proporcionalidad. La presentación de estos fundamentos obedece a un propósito claro: establecer cuál es el alcance de las *normas adscritas* en la obra de BERNAL PULIDO.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 129

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 133 - 135

¹⁷¹ *Ibíd.*, p. 135 - 138

En desarrollo de tal propósito, se sugiere retomar el camino apenas mencionado en *El Derecho de los Derechos* líneas atrás. En este texto, el autor da un paso de inimaginables proporciones, pues sostiene que las denominadas *normas adscritas*, además de ser identificables en las sentencias de control de constitucionalidad, también se encuentran en la jurisdicción constitucional en los casos de acción de tutela y en la jurisdicción ordinaria. En palabras del autor: “las *normas adscritas*, al ser concreciones de las disposiciones constitucionales o legales, tienen también rango constitucional o legal, según sea el caso”. Nótese que se colocan a las *normas adscritas* al mismo nivel de las disposiciones de las que derivan su existencia. De hecho, y en ello acompaña la crítica a la obra del profesor LÓPEZ MEDINA, cuestiona que tradicionalmente se haya denominado a la interpretación jurisdiccional con el término de “sub-regla de derecho”, toda vez que, en su sentir, esta es una expresión que connota algo inferior y que, las más de las veces, desconoce que muchas *normas adscritas* son enunciadas a manera de principios¹⁷².

En *el derecho de los derechos* se sostiene que las *normas adscritas* emanan preferentemente de la jurisprudencia, cuya pertinencia se basa en la autoridad del juez para concretar el derecho constitucional y legal, así como en el nexo semántico interpretativo que las une a la disposición. Se explicará lo anterior con mayor detenimiento. Recuérdese que BERNAL PULIDO diferencia entre *disposición* y *norma*. La gran conclusión de dicha diferenciación es que las *normas* son el producto de la interpretación de las *disposiciones*, pues solo así se puede traducir a estas últimas en mandatos prescriptivos de prohibición, permiso o competencia. Asumiendo lo anterior como cierto, se destaca que la línea divisoria entre la *norma* o, si se quiere, entre la *fuentes* y su interpretación es realmente artificial. De allí que se pregunte quién tiene la potestad para llevar a cabo la interpretación y, por ende, la facultad para determinar la existencia de una norma. La respuesta será que las Altas Cortes tienen la autoridad para emitir las denominadas *normas adscritas*, por lo que se justifica que los demás jueces atiendan a sus pronunciamientos en la medida que estos tienen fuerza vinculante¹⁷³.

¹⁷² Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. op.cit., p. 213

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 208-209

Aplicando todo lo anterior al caso colombiano, el profesor trata de demostrar que la *disposición* del artículo 230 de la Constitución Política, según la cual la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial, realmente contiene la *norma adscrita* de que la jurisprudencia tiene fuerza vinculante en “el sentido 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 ayuda al entendimiento pleno del sentido de dichas fuentes formales”¹⁷⁴. Así las cosas, la jurisprudencia también emite normas que vinculan, en primer lugar, a los jueces de inferior jerarquía, en cuanto son interpretaciones que gozan de la misma fuerza vinculante de las normas y, en segundo lugar, a las Altas Cortes que deben ser coherentes en la aplicación de una *norma adscrita* anteriormente estatuida¹⁷⁵.

Aunado a ello, la fuerza vinculante de las *normas adscritas* contenidas en la jurisprudencia se ratifica porque, al igual que en las demás normas, en estas existe un titular, esto es, cualquier persona que invoque la aplicación del sistema de fuentes, quien tiene el derecho de exigir judicialmente la realización de una conducta prescrita mediante el recurso de casación, de súplica o, en su defecto, de la acción de tutela contra providencias judiciales, hipótesis en la cual, debe prevalecer la interpretación de la Corte Constitucional. Respecto al punto relacionado con el denominado “choque de trenes”, BERNAL PULIDO argumenta que la situación ideal es la de un control abierto y amplio de la sujeción de los jueces ordinarios a la jurisprudencia constitucional con reglas claras de auto restricción de la Corte Constitucional y un proceso específico que salvaguarde la seguridad jurídica y la cosa juzgada. Ese procedimiento específico conllevaría el establecimiento de una sanción para quien incumpla el precedente como, por ejemplo, la nulidad, sin que la Corte entre a valorar pruebas¹⁷⁶.

Ahora bien, el reconocimiento del precedente judicial como *norma adscrita* también implica el reconocimiento de sus propias particularidades. Así, por ejemplo, en el aspecto formal, resulta evidente la necesidad de sistematizar y difundir adecuadamente las sentencias judiciales. Igualmente, en el aspecto material, teniendo presente el status de cada tribunal, se debe reconocer, por ejemplo, la potestad de los jueces de inferior jerarquía para apartarse del

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 214

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 215

¹⁷⁶ *Ibíd.*, p. 215-220

precedente, siempre y cuando fundamenten su distanciamiento en argumentos razonables, a través de métodos como el *disntinguish*, el *overruling*, la reconsideración de jurisprudencia a la luz de los valores, objetivos, principios y derechos en los que se funda el ordenamiento jurídico o los tránsitos legales o constitucionales relevantes¹⁷⁷.

A modo de conclusión preliminar, sería plausible sostener que la obra de BERNAL PULIDO apunta hacia una teoría normativa del precedente jurisprudencial por cuanto este adquiere el status de *norma adscrita*, que ello se justifica en la necesidad misma de que los jueces concreten las disposiciones indeterminadas y que ese proceso de concretización desemboca en un enunciado deóntico con particularidades propias.

1.5. CRÍTICAS A LA TESIS DEL PROFESOR BERNAL PULIDO

El papel del precedente jurisprudencial en el ordenamiento jurídico colombiano resulta ser un tema fundamental en la obra de BERNAL PULIDO. Ya sea para explicar la aplicabilidad de los derechos fundamentales en *el derecho de los derechos*, para abogar por el principio de proporcionalidad en *el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* o para fundamentar el carácter normativo de la Constitución y del principio de proporcionalidad en *el neo constitucionalismo y la normatividad del derecho*; es evidente una remisión teórica constante al precedente jurisprudencial y a su fuerza vinculante. Y no es para menos. Podríamos sostener que al lado de los objetivos particulares de cada uno de sus libros, el autor ha creado una verdadera teoría sobre el precedente jurisprudencial que resulta tan interesante como controvertible, si se tienen en cuenta las consideraciones que se proceden a esbozar.

1.5.1. Es erróneo predicar la existencia de normas adscritas por la indeterminación de las disposiciones únicamente

En la tesis doctoral de BERNAL PULIDO se procura un estudio del principio de proporcionalidad en cuanto criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante al legislador, lo cual se materializa, para el caso colombiano, en el control

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 220 - 224

constitucional de las leyes a cargo de la Corte Constitucional. Según enseña SCHMITT, como producto de una tradicional tendencia a equiparar el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América con los tribunales judiciales de los países continentales, se ha considerado que el control constitucional es la comprobación de “si las leyes simples están de acuerdo, en su contenido, con los preceptos constitucionales, llegando en caso de colisión a negar vigencia a las leyes que no cumplan este requisito”¹⁷⁸.

Como presupuesto lógico, el juez debe establecer el alcance de ambos elementos objetos de comparación. De un lado, la ley en su sentido liberal, definida por el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de la siguiente manera: “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”. Del otro lado, la disposición constitucional definida como “una norma (disposición) incompleta, dinámica y fragmentaria (que) obliga dotar al operador jurídico de una noción material que permita la inclusión de los principios implícitamente constitucionales existentes en todo el sistema de derecho”¹⁷⁹.

Se infiere de la obra del profesor BERNAL PULIDO que, debido a la indeterminación de las disposiciones constitucionales, se requiere que el juez concretice las mismas mediante su interpretación, lo que arroja a la producción de una *norma adscrita*. Ahora bien, eso se da en el escenario de una disputa del siguiente orden: disposición constitucional indeterminada *vs* norma legal. Lo primero que resulta controvertible es que realmente todas las disposiciones constitucionales resulten indeterminadas, pues, siguiendo en este punto a GARCIA AMADO, se debe reconocer que hay casos donde la Constitución Política *claramente dice lo que se debe hacer, algunos donde no dice nada y otros en los que no es claro lo que se quiere ordenar*.

¹⁷⁸ Schmitt, Carl. *La defensa de la constitución*. Trad.: Manuel Sánchez Parto, 1ª ed., Madrid, Ed.: Tecnos, 1989, p. 45-57

¹⁷⁹ Estrada, Sergio. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. 3ª ed., Medellín, Ed.: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2011, p. 53

Se invita a profundizar en lo anterior con algunos ejemplos. El artículo 11 de la Constitución Política de Colombia establece que “*el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.*” La disposición, siguiendo la terminología adoptada por el autor, está compuesta por dos mandatos de diferente índole separados por el signo de puntuación. La primera parte es un ejemplo de una disposición *en la que no es claro lo que se quiere ordenar*, toda vez que se presenta indeterminación que amerita interpretación constitucional para traducir la disposición en un mandato deóntico, así, por ejemplo, en los casos del homicidio por piedad¹⁸⁰ o de la interrupción voluntaria del embarazo¹⁸¹, la Corte Constitucional ha establecido una *norma adscrita*, según la cual, el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia sino que implica vivir adecuadamente en condiciones de dignidad.

En contraste, la segunda parte de la disposición *claramente dice lo que se debe hacer* o, si se prefiere, claramente establece lo que *no se debe hacer*, ya que contiene un mandato deóntico, pues la redacción corresponde con una prohibición para el legislador, por ser quien preferentemente está llamado a establecer los delitos y las penas en materia penal, en el sentido de vedar la eventual imposición de una pena capital. Esta concepción, siguiendo a HART, corresponde con la concepción clásica de normas de AUSTIN, según la cual, las normas son ordenes respaldadas por amenazas¹⁸². En los términos de BERNAL PULIDO nos encontramos ante una *norma directamente estatuida*, lo cual implica que el funcionario judicial solamente debe conformarse con su aplicación mediante el proceso de la subsunción fáctica para la imposición de la correspondiente sanción, pues un poder judicial legítimo es aquel que se encarga de la aplicación de la ley clara. Ante este panorama, cabría la pregunta: ¿qué hacer cuando la aplicación de la norma directamente estatuida, esto es, la disposición constitucional clara, ofrece una respuesta injusta? ¿Cuál sería la relación derecho y moral en la obra el profesor colombiano?

¹⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C- 239 de 1997*. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm> (24.11.2014)

¹⁸¹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C- 355 de 2006*. Magistrados Ponentes: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm> (24.11.2014)

¹⁸² Hart, H. *El concepto de derecho*. Trad.: Genaro Carrió. 1ª ed., Buenos Aires, Ed.: Abeledo Perrot, 1992, p. 32

Además de existir disposiciones *en las que no es claro lo que se quiere ordenar* y otras en las que *claramente se dice lo que se debe hacer*, se debe reconocer que existen casos en los que simplemente la Carta *no dice nada*. Siguiendo con el ejemplo de GARCÍA AMADO¹⁸³, la Constitución Política no dice nada en cuanto al límite de mascotas que puede tener un ciudadano. ¿Cómo realizar un control normativo de constitucionalidad a una disposición legal que carezca de su equivalente en el plano constitucional? Más aún, suponiendo que la Corte Constitucional abordara un estudio como el planteado, sería insostenible la teoría de la *norma adscrita* porque no existe disposición a la cual se adscriba adecuadamente la norma. Ahora bien, el hecho que la Corte eventualmente pretendiera su adscripción a disposiciones de derechos fundamentales como la libertad, la propiedad, etc. pareciera más una justificación de índole ideológica que normativa.

En ese orden de ideas, parece insostenible que las *normas adscritas* deriven su existencia únicamente de la indeterminación normativa de las disposiciones sobre derechos fundamentales. El problema no termina allí. Si se asume en gracia de discusión que efectivamente todas las disposiciones constitucionales resultan ser indeterminadas, ¿será predicable lo mismo en el plano legal? En el texto *el derecho de los derechos*, como ya se advirtió, se pretende un traslado de la teoría de la *norma adscrita* del plano constitucional al plano legal para justificar la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial emitido por los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, dicho razonamiento resulta desafortunado en la medida que allí, a diferencia del plano constitucional, se presentan en mayor medida disposiciones claras por cuanto contienen mandatos deónticos. En ese sentido, resulta insuficiente argumentar que en aquellos eventos de precedente jurisprudencial ordinario se justifique la existencia de *normas adscritas* por la indeterminación de las disposiciones, porque allí abundan los mandatos deónticos claros.

En síntesis, fundamentar la teoría del precedente jurisprudencial en la existencia de las *normas adscritas* producto de la indeterminación de las disposiciones, limita la fuerza vinculante de este a algunos escenarios constitucionales: los de la indeterminación normativa. Los efectos indeseados de tal concepción saltan a la vista cuando se pretende su tránsito al precedente

¹⁸³ García Amado, Juan. *Sobre la interpretación constitucional*. En: *Ensayos de Filosofía Jurídica*. 1ª ed., Bogotá, ed.: Temis, 2003, p. 101

judicial ordinario, pues allí aparecen en mayor medida las disposiciones con contenidos deónticos claros. Adicionalmente, no explica satisfactoriamente qué hacer en aquellos casos en los que las disposiciones albergan normas claras pero que de su aplicación se derivan consecuencias injustas.

1.5.2. La búsqueda del paraíso de los conceptos

La defensa acérrima de la teoría de la *norma adscrita* como justificación de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial lleva a la búsqueda de lo que, en palabras de HART, se conoce como la búsqueda “del paraíso de los conceptos”. Tal escenario es aquel en el que “un término general recibe el mismo significado no sólo en todas las aplicaciones de una regla, sino donde quiera que aparece en cualquier regla del sistema jurídico”¹⁸⁴.

Muestra de lo anterior es la interpretación de BERNAL PULIDO sobre el artículo 230 de la Carta Política. Recordemos, por ejemplo, el análisis sobre la expresión “criterio auxiliar”. La expresión “criterio auxiliar” no significa que la jurisprudencia carezca de fuerza vinculante, sino 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”¹⁸⁵. (Destacado fuera del texto original)

Con el mismo propósito se “re-conceptualiza” la expresión “imperio de la ley” contenida en la referida disposición constitucional, en el sentido de que aquella hace referencia al “imperio del ordenamiento jurídico” y no al imperio de los mandatos generales, abstractos e impersonales que formula el legislador de conformidad con un procedimiento previamente establecido. Así mismo el fenómeno de la “re-conceptualización” de expresiones en la obra de BERNAL PULIDO se encuentra en expresiones tales como “fuerza vinculante” y “fuente del derecho”¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Hart. H. *El concepto de derecho*. op.cit., p. 162

¹⁸⁵ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. op.cit., p. 215

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 208-214

El problema de la “re-conceptualización” en la interpretación del artículo 230 de la Constitución Política es que resulta tan recurrente que cualquier observador crítico podría concluir que lejos de ser una interpretación cognitiva del enunciado normativo, realmente es una interpretación volitiva que pretende ser disfrazada de legalidad para garantizar su legitimidad. Aunado a lo anterior, la “re-conceptualización” es un fenómeno tan recurrente en el derecho que muchas veces es utilizada de manera particular para ciertas disposiciones, provocando efectos indeseados en la ciencia jurídica como lo es, por ejemplo, el hecho que en algunas oportunidades el término “ley” represente la expresión “ordenamiento jurídico” y en otras aduzca a la “ley en el sentido liberal”. Jugando con las palabras de HART, la búsqueda del paraíso puede llevar al infierno de los conceptos.

El asunto no es de poca monta. El profesor SARTORI, a propósito del porqué algunas disciplinas son más avanzadas en el campo de las ciencias sociales que otras, enseña que dicho avance está determinado por el consenso que existe en el significado de ciertos conceptos básicos, es decir, en el manejo adecuado de un lenguaje especializado. Así, en su parecer, la economía aventaja a otras disciplinas sociales en la medida que términos como “capital”, “mercancía”, “intercambio”, etc. no son puestos en tela de juicio permanentemente. Lo anterior, claro está, a partir del presupuesto de que el lenguaje común presenta problemas como la falta de definición de muchas palabras, la falta de articulación, la falta de un proceso demostrativo, la falta de consenso al manejar los términos, entre otras¹⁸⁷.

Ahora bien, mal haríamos en atribuir exclusivamente a BERNAL PULIDO el problema conceptual en el cual se encuentra avocada la ciencia jurídica, pues ello parece ser una característica derivada del uso mismo del lenguaje. Lo que se le cuestiona al profesor colombiano es el hecho de contribuir, si se permite el término, a la “hiper re-conceptualización” del artículo 230 de la Constitución Política, lo cual lo aleja de la exigibilidad normativa del precedente judicial en cuanto se abren las puertas para que los jueces justifiquen sus decisiones caprichosas en aparentes *normas adscritas* derivadas de tal “re – conceptualización”.

¹⁸⁷ Sartori, Giovanni. *La política, lógica y método en las ciencias sociales*. 1ª ed., México, ed.: Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 15-81

1.5.3. Entre la creación y la aplicación de derecho por parte de los jueces

Otro punto problemático para la comprensión de la obra del profesor es la falta de coherencia en cuanto al carácter de la *norma adscrita*. No es claro si el acto mediante el cual se concretiza la disposición sobre derechos fundamentales o la disposición legal es un acto de creación o de aplicación del derecho. Al respecto tenemos dos versiones. La primera es aquella que se consigna en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, según la cual, la concreción que lleva a cabo la Corte Constitucional no obedece a un acto de creación del derecho porque esta simplemente es “una aseveración interpretativa” mediante la cual se proclama la validez definitiva de una *norma adscrita*¹⁸⁸. La segunda, diametralmente opuesta a la anterior, se encuentra en *El derecho de los derechos*. En ella se afirma que por los problemas derivados de la indeterminación de las disposiciones, la aplicación también conlleva la creación del derecho¹⁸⁹.

¿Cómo conciliar estas dos posturas? Al parecer, el profesor colombiano pretende establecer un punto medio entre las teorías cognitivas y las teorías volitivas de la interpretación del derecho, pues aboga por las primeras cuando las disposiciones carecen de indeterminación y, por ese motivo, se pueden derivar de ellas las *normas directamente estatuidas*; mientras que defiende la idea de la creación del derecho cuando las disposiciones son indeterminadas, por lo que el funcionario judicial debe crear una *norma adscrita*. Pero ello no es del todo claro en su planteamiento.

1.5.4. El retomar a ALEXY lo hace susceptible de todas las críticas que sobre él recaen

La influencia de la obra de ALEXY en BERNAL PULIDO resulta notoria en dos aspectos estrechamente relacionados entre sí: la defensa de la razón práctica y la pretensión de corrección del derecho. En efecto, el profesor alemán defiende una idea kantiana sobre el razonamiento práctico, según la cual, toda decisión debe ser tomada desde una teoría del discurso que exija el agotamiento de un procedimiento argumentativo dotado de sus propias reglas, las cuales pueden ser, por mencionar algunas, la no contradicción, la universalidad, la claridad lingüístico

¹⁸⁸ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. op.cit., p. 115

¹⁸⁹ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. op.cit., p. 210

conceptual, la verdad de las premisas utilizadas, la completitud deductiva de los argumentos, la consideración de las consecuencias, las ponderaciones, el intercambio de roles, la posibilidad de que todo hablante puede cuestionar cualquier aserción, el hecho que todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso, la prohibición de que algún hablante pueda ser coaccionado para no ejercer las anteriores potestades, etc.¹⁹⁰ Ahora bien, si al momento de adoptar una norma se tienen en cuenta las anteriores reglas, se podrá sostener un señalamiento del siguiente talante: “una norma puede encontrar aprobación universal en un discurso solo si las consecuencias de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada individuo pueden ser aceptadas por todos sobre la base de argumentos”¹⁹¹.

En cuanto a las críticas que recaen sobre la teoría del discurso como teoría de la corrección, ALEXY emprende una defensa quijotesca. Así, por ejemplo, desestima que WEINBERGER sostenga que la corrección de una tesis dependa únicamente de que se aduzcan buenas razones, pues el juicio del partícipe es un presupuesto lógico para llegar al consenso, so pena de avalar las decisiones adoptadas durante las “psicosis de masas”. Del mismo modo, rechaza los cuestionamientos de TUGENDHAT, según los cuales, no toda fundamentación resulta ser comunicativa, porque aun cuando la decisión es individual se debe buscar un punto de equilibrio entre los intereses no comunes o particulares, a lo que se arriba en la medida que se aduzcan argumentos en los que se tome en serio al otro como individuo¹⁹².

En torno a la pretensión de corrección desde el punto de vista del discurso racional, ALEXY ha manifestado:

“(…) quien asevera algo frente a otro se encuentra pues *prima facie* bajo el deber de fundamentar frente a él su aseveración cuando así le sea requerido. En esta medida, la manifestación de una aseveración significa ingresar en el ámbito de la argumentación. Quién fundamenta algo admite, por lo menos, por lo que respecta a la fundamentación con igualdad de derechos y que no ejercerá coacción o se apoyará en una coacción ejercida por un tercero. Pretende, además, que puede defender su aseveración no sólo frente al respectivo destinatario sino también frente a cualquiera.

¹⁹⁰ Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad.: Manuel Atienza e Isabel Espejo. 1ª ed., Lima, ed.: Palestra editores, 2007, p. 265 - 278

¹⁹¹ Alexy, Robert. *Una concepción teórico discursiva de la razón práctica*. Trad.: Jorge M. Seña. 1ª ed., Barcelona, ed.: Gedisa. p. 138

¹⁹² *Ibíd.* p. 139-140

A estas pretensiones corresponden las reglas específicas del discurso que garantizan el derecho de cada cual a participar en discursos, como así también la libertad y la igualdad en los discursos”¹⁹³.

ALEXY señala que la pretensión de corrección del derecho obedece a una necesidad para defender la relación entre derecho y moral, como quiera que este pretende ser justo. Allí se aduce el renombrado ejemplo sobre la diferencia entre un sistema de reglas de una banda de ladrones y las del sistema jurídico. En el texto *Teoría sobre los derechos fundamentales*, el profesor alemán menciona que existe un criterio empírico y uno normativo para establecer si una norma corresponde o no con una norma de derecho fundamental. El criterio empírico sostiene que las normas adscritas de derecho fundamental “son aquellas que la jurisprudencia y la ciencia del derecho realmente adscriben a las normas de derecho fundamental estatuidas directamente”. Sin embargo, a su juicio, tal postura resulta indeseada porque no permite establecer cuáles adscripciones son realizadas conforme a derecho. Así pues, una verdadera adscripción conforme a derecho se lleva a cabo cuando “la norma adscripta (sic) puede ser catalogada como válida”, esto es, “si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida es posible dar una *fundamentación iusfundamental correcta*”¹⁹⁴.

La crítica más famosa al respecto será la que realice el profesor BULYGIN, quien afirmará que la mencionada relación derecho-moral es contingente. Para este último, el problema de la tesis de ALEXY es la relevancia que se le da a la posición ética, pues, debido a la falta de una única moral, se cuestiona la existencia de parámetros claros para que todas las personas interesadas entiendan lo mismo por corrección moral o justicia. En ese sentido, la crítica estará direccionada a la creencia de que existe un moral objetiva susceptible de percepción por los hombres¹⁹⁵.

Así pues, también le sería cuestionable al profesor BERNAL PULIDO que la selección de la *norma adscrita* que hacen las altas corporaciones mediante el precedente jurisprudencial a partir de la fundamentación pueda llegar a ser valorada adecuadamente como correcta o no, pues

¹⁹³ Ibíd. p. 141

¹⁹⁴ Alexy, Robert. *Teoría sobre los derechos fundamentales*. op.cit.

¹⁹⁵ Gaido, Paula. *La pretensión de corrección del derecho polémica sobre la relación derecho y moral*. Robert Alexy / Eugenio Bulygin. 1ª ed., Bogotá, ed.: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2001, p. 15-39

resulta complejo defender la existencia de una moral o justicia objetiva, reconocida y aceptada por todos¹⁹⁶.

2. TESIS DEL ALA REFORMISTA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El apartado que a continuación se presenta tiene como propósito identificar los argumentos empleados por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional para defender la vinculatoriedad relativa del precedente jurisprudencial. La finalidad es que el lector identifique las razones que han justificado la actual postura de la Corte. Se descarta entonces una presentación rigurosa de la línea jurisprudencial en torno al tema. Lo anterior se justifica porque la reconstrucción de tal línea jurisprudencial sería repetitivo en la medida que es un trabajo que ya realizaron LÓPEZ MEDINA en *el derecho de los jueces*¹⁹⁷, BERNAL PULIDO en *el derecho de los derechos*¹⁹⁸ y, más recientemente, QUINCHE RAMÍREZ en *el precedente judicial y sus reglas*¹⁹⁹.

2.1. Principales argumentos de las sentencias que consolidan las líneas jurisprudenciales

En las sentencias *C-083 de 1995* y *T-123 de 1995* se comienzan a edificar los fundamentos de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial tal como hoy en día se concibe en el ordenamiento jurídico colombiano. La *C-083 de 1995* revisó la constitucionalidad del artículo 8° de la ley 153 de 1887 y en ella, luego de reflexionar en torno al alcance de la *analogía juris* y la *analogía legis*, se diferenció entre (i) la doctrina constitucional (integradora-creadora) y (ii) la jurisprudencia. Se define a la primera como el conjunto de aquellas decisiones de la Corte Constitucional emanadas en aquellos casos cuya solución jurídica resulta compleja porque el ordenamiento jurídico carece de norma o ley aplicable y, por ende, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional se ve abocado a realizar interpretaciones con autoridad que suplan los

¹⁹⁶ Sobre lo relativo del concepto de justicia véase: Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Trad.: Leonor Calvera. 1 ed., Buenos Aires, ed.: Leviatán.

¹⁹⁷ López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. op.cit., p. 29-102

¹⁹⁸ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. op.cit., p. 149 -191

¹⁹⁹ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El precedente judicial y sus reglas*. op.cit., p. 53 – 123

vacíos normativos. En contraposición, la segunda guarda relación con los criterios interpretativos de las Altas Cortes que tienen como objetivo “erigir una pauta meramente ilustrativa” en la aplicación de la ley. A lo anterior se ha denominado como **el argumento a favor de la vinculatoriedad del precedente por la presencia de lagunas jurídicas**.

No obstante lo anterior, la mayor importancia de la providencia en cita deriva de la aclaración del voto del magistrado CIFUENTES, quien criticó que se hubiera limitado el carácter vinculante de las sentencias sólo a aquellos casos en los que se evidenciaba vacío normativo²⁰⁰. En la referida aclaración de voto se presentó el **argumento a favor de la vinculatoriedad del precedente por la necesidad de la aplicación justa del derecho** en los siguientes términos: “lo sostenido en la sentencia respecto a la necesidad de que el juez justifique su decisión en principios éticos o políticos, con el propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado (p.18), es una exigencia que no cabe predicar sólo en el ámbito extrasistemático - cuando el juez ha agotado ya el arsenal de elementos del orden positivo - sino que rige igualmente en el plano sistemático o intrapositivo”.

La aclaración de voto esconde un argumento más: **el argumento a favor de la vinculatoriedad del precedente para evitar la petrificación del derecho**. Al respecto, continúa el magistrado CIFUENTES: “Considero que el artículo 230 de la C.P., en su sentido más profundo, persigue orientar la aplicación e interpretación del derecho, de modo que ella se lleve a cabo con arreglo a la ley, pero tomando en consideración que la misión irrevocable del juez es articular una solución adecuada para el caso singular, lo cual sólo es posible actualizando el sentido de las normas a partir de la realidad que se pretende regular”²⁰¹.

Posteriormente, en la sentencia *T-123 de 1995* se complementó la anterior postura en el sentido de afirmar que la doctrina constitucional (sin hacer diferenciaciones entre integradora e interpretativa) era de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de la República. En cuanto a la jurisprudencia sostuvo que si bien no se tornaba como obligatoria, era razonable exigir la observancia de la misma a casos futuros para materializar el principio de igualdad, por lo que si

²⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-083 de 1995*, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-083-95.htm> (25.03.2014).

²⁰¹ *Ibíd.*

un funcionario deseaba apartarse de la misma debía aducir las suficientes razones por las que lo hacía, so pena de atentar contra tal garantía constitucional. De hecho, la Corte considera que cuando se desconoce el precedente jurisprudencial, la vulneración al principio de la igualdad resulta de tal envergadura que resulta procedente la acción de tutela por constituirse una vía de hecho. Así las cosas, en esta providencia se introduce **el argumento a favor de la vinculatoriedad del precedente por materializar la garantía constitucional de la igualdad**²⁰².

Fiel a la filosofía que había inspirado a las sentencias esbozadas en precedencia, en la *T-260 de 1995*, en una obiter, se sostiene el **argumento a favor de la vinculatoriedad del precedente por la autoridad que le atribuye la Constitución a la Corte Constitucional**. En efecto, se sostiene que cuando un juez se aparta de la interpretación que realiza la Corte Constitucional sobre un punto en derecho, en el fondo desconoce la Constitución misma, pues entre esta y aquella no existe “ni una hoja de papel”²⁰³.

Todo lo anterior se condensa en la afamada sentencia *C-836 de 2001*, en la cual, el Tribunal Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad que se había elevado contra el artículo 4° de la Ley 169 de 1896. Allí se sostuvo que la jurisprudencia de las Altas Cortes, independientemente de que se tratara de la emitida por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado; debía ser observada por todos los jueces y que, en caso de apartarse de la misma, los funcionarios estaban obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos por los que adoptaban tal decisión²⁰⁴.

En esta providencia aparece **el argumento a favor de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial por la necesidad de la colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado**. A la luz de este argumento, los jueces en un Estado Social de Derecho no solo pueden, sino que además deben crear derecho por cuanto: *a)* la ley no resuelve todos los asuntos, *b)* la complejidad social va en aumento y, adicionalmente, *c)* con ello se logra la prevalencia del

²⁰² Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-123 de 1995*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-123-95.htm> (25.03.2014).

²⁰³ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-260 de 1995*, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-260-95.htm> (25.03.2014)

²⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-836 de 2001*, op.cit.

derecho sustancial. Ahora bien, el procedimiento a través del cual se logran los mencionados fines es el de la creación normativa producto de la ponderación de principios y la interpretación e integración del ordenamiento jurídico.

Así mismo, en la sentencia C-836 de 2001, se presenta **el argumento a favor de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial por la fuerza normativa de la doctrina emanada de las Altas Cortes**. Según tal disertación, a la luz de los artículos 234 y s.s. de la Constitución Política, las Cortes de cierre tienen la importante función de establecer y unificar la jurisprudencia; así como el deber constitucional de velar por la materialización del principio de igualdad y de buena fe, obligación que se extiende hasta los jueces de inferior jerarquía al momento de fallar casos análogos a los ya decididos por las Altas Corporaciones.

Ahora bien, ante la incómoda pregunta en torno a la afectación de la autonomía judicial, la Corte ha dicho que la misma no se ve vulnerada con la doctrina de la “vinculatoriedad relativa del precedente jurisprudencial”, puesto que aquella es una prerrogativa judicial que no resulta absoluta y cuyo adecuado ejercicio debe darse en el marco de los límites que impone la garantía constitucional de la igualdad. En ese sentido, sostiene la Corte, que “si se aceptara la plena autonomía de los jueces para interpretar y aplicar la ley a partir –únicamente- de su entendimiento individual del texto, se estaría reduciendo la garantía de la igualdad ante la ley a una mera igualdad formal, ignorando del todo que la Constitución consagra –además- las garantías de la igualdad de trato y protección por parte de todas las autoridades del Estado, incluidos los jueces”²⁰⁵. A esta última postura se le ha denominado **el argumento a favor de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial por cuanto la autonomía judicial no resulta absoluta**.

A lo dicho en precedencia se debe adicionar **el argumento a favor de la vinculatoriedad del precedente para alcanzar la seguridad jurídica y la confianza legítima para el ejercicio de las garantías individuales**. Básicamente, la Corte argumenta en este punto que es propio del Estado de derecho que los asociados conozcan qué conductas les están permitidas y cuáles no, máxime en una sociedad en permanente cambio como la actual. Así pues, resulta innegable el

²⁰⁵ *Ibíd.*

importante valor instrumental de consolidar un ordenamiento jurídico uniforme y coherente que permita prever el sentido en el cual los jueces van a pronunciarse sobre un asunto en particular. Ello se logra en mejor medida, concluye la Corte, pretendiendo que todos los jueces interpreten el derecho de la misma manera, lo que resulta ser una aspiración potencialmente alcanzable con la tesis de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial. Concatenado con lo anterior, los ciudadanos deben tener conocimiento de las decisiones judiciales, pues sólo así se logra que estos determinen el campo de acción que les permite el ordenamiento jurídico, razón por la cual se justifica la publicidad de las decisiones y la importancia de una adecuada argumentación²⁰⁶.

Empero, si bien es cierto que todos los anteriores argumentos justifican la tesis de la vinculatoriedad del precedente, también lo es que no se puede llegar al extremo de otorgarle el carácter de obligatorios a los pronunciamientos judiciales en tanto que ello sería una propuesta contraproducente que potencialmente desembocaría en la petrificación del derecho. Por lo tanto, la Corte Constitucional reconoce algunas hipótesis en las que sería dable que los jueces de inferior jerarquía se apartaran del precedente. La primera de ellas es la relacionada con el cambio de legislación relevante, hipótesis en la que la rama judicial reconoce el protagonismo de la rama legislativa en el proceso de creación de la ley. La segunda de ellas implica que cuando se presente un cambio en la situación social, política o económica, determinante en la interpretación que la Corte venía realizando sobre un punto de derecho en particular, resulta plausible proceder al cambio. La tercera situación hipotética se presenta cuando existen posturas contradictorias en la Corte, lo que obliga al funcionario judicial a hacer explícitos los diversos criterios y optar por el que mejor se ajuste a las necesidades que demanda el caso objeto de estudio²⁰⁷.

Las anteriores, se reitera, son las posibilidades que tienen los jueces de inferior jerarquía para apartarse del precedente judicial. En lo que respecta a las Altas Cortes, estas tienen, además de las ya mencionadas prerrogativas, otras tantas en la medida que son los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones. Dentro de este último grupo de hipótesis, se destaca la posibilidad de ajustar los criterios jurídicos cuando sean contrarios a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico²⁰⁸. Todo lo anterior se establece en

²⁰⁶ *Ibíd.*

²⁰⁷ *Ibíd.*

²⁰⁸ *Ibíd.*

el marco de lo que la Corte Constitucional había diferenciado en la sentencia SU-047 de 1999 como *ratio decidendi* y *obiter dicta*²⁰⁹.

Retomando la dinámica de líneas atrás, cabe anotar que en la aclaración de voto de la sentencia C-836 de 2001 aparece **el argumento a favor de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial por la cercanía de familias jurídicas**, en virtud del cual, después de la segunda guerra mundial, los sistemas de tradición anglosajona reconocen un valor cada vez más protagónico a la ley por la necesidad de dotar a los funcionarios judiciales de mayor libertad en la interpretación del derecho y, a su turno, los sistemas de tradición romano-germánica brindan mayor importancia a las decisiones adoptadas por las Altas Cortes en el interior de cada uno de los países con el propósito de unificar lo máximo posible la actividad judicial, independientemente de que haya un reconocimiento expreso sobre este punto²¹⁰.

En todo caso, mencionan los magistrados CEPEDA ESPINOSA y MONROY CABRA, la cercanía no equivale a que el modelo de precedentes del sistema del *common law* se trasplante al modelo del *civil law*. Por el contrario, se debe tener cuenta los diversos grados en los que la vinculatoriedad del precedente puede ser adoptada por un ordenamiento jurídico determinado. Para el caso colombiano, entonces, se recalca **el argumento a favor de la vinculatoriedad del precedente por el diferente alcance normativo que debe alcanzar dependiendo del tribunal que emana**. Bajo tal óptica, se resalta la diferencia entre la jurisprudencia constitucional y la ordinaria, puesto que, en el modelo adoptado por el constituyente en la Carta de 1991, la primera de las mencionadas adquiere un papel principal en el propósito de materializar los fines de la carta. En ese sentido, la aclaración de voto recuerda que el valor de los precedente jurisprudenciales varían según el tribunal, dependiendo de si se trata de la doctrina constitucional integradora, doctrina constitucional interpretativa o doctrina probable, diferencias de no muy pacífico tratamiento al interior de la Corte²¹¹.

²⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-047 de 1999*. op.cit.

²¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Aclaración de Voto Sentencia C-836 de 2001*. Consultado en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm#_ftn29 (24.01.2015)

²¹¹ Algunas veces se ha utilizado el término “doctrina legal más probable” como aconteció, por ejemplo, en la Sentencia C-037 de 2000. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-037 de 2000*. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-037-00.htm> (25.01.2015)

2.2. Precedentes jurisprudenciales que consolidaron línea jurisprudencial

Fallos posteriores ratifican todos los anteriores argumentos. Muestra de ello es la sentencia C-539 de 2011 que revisó la constitucionalidad del ya derogado artículo 114 de la ley 1395 de 2010 y que establecía a “*las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros*”, tener en cuenta “*los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos*”²¹². Así mismo, la sentencia C-634 de 2011 se pronunció en torno a la constitucionalidad del artículo 10 de la ley 1437 de 2011 que a la letra indicaba: “*Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas*”²¹³.

Como se puede inferir de las normas transcritas, lo que se ha pretendido es un reconocimiento parcial de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial por la vía legal. Muchas interpretaciones han girado en torno al tema. Mientras que para algunos se destaca la intención por dar a la jurisprudencia del Consejo de Estado un status superior a la demás en la medida que exhorta a las autoridades administrativas a su cabal observancia, todo ello en procura de “hacer más ágil y seguro el funcionamiento del aparato constitucional de igualdad, para lo cual se quiere evitar a toda costa la improvisación en la motivación de las decisiones administrativas”²¹⁴. Para otros de lo que se ha tratado es de reducir el precedente constitucional a las sentencias de unificación del precedente²¹⁵. La Corte Constitucional parece inclinarse por esta segunda posición, particularmente en lo que se refiere a la declaratoria de exequibilidad condicionada de

²¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-539 de 2011. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-539-11.htm> (25.01.2015)

²¹³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-634 de 2011. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-634-11.htm> (25.1.2015)

²¹⁴ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. 1ª ed. Bogotá, ed.: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 63

²¹⁵ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El precedente judicial y sus reglas*. op.cit., p. 88

la norma contenida en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.3. Aclaraciones posteriores a la consolidación de la línea

No obstante la claridad alcanzada por el ala reformista de la Corte Constitucional, ratificada en las últimas sentencias dictadas en materia de derecho administrativo, se debe destacar que recientemente en algunos pronunciamientos se han hecho importantes aclaraciones entorno al alcance del precedente jurisprudencial. Así, por ejemplo, en la sentencia T-571 de 2007, la Corte Constitucional conoció de la demanda de una entidad bancaria contra el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena Sala Civil – Familia, por cuanto el cuerpo colegiado había fallado un proceso ejecutivo hipotecario contrariando sus propios precedentes. En aquella oportunidad, la Corte **aclaró que a)** los argumentos a favor de la vinculatoriedad del precedente son extensivos a los Tribunales de Distrito en ámbitos que, por razones legales, no llegaban a ser conocidos por la Corte Suprema de Justicia. Así las cosas, los Tribunales de Distrito Judicial llegan a ocupar la importante función de unificar la jurisprudencia en algunos asuntos que no admiten recurso de casación y, por consiguiente, deben motivar suficientemente cualquier cambio de criterio que sobre un punto de derecho se adopte²¹⁶.

Así mismo, en la sentencia C-335 de 2008, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional **aclaró que b)** la tesis de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial puede generar que en algunos casos proceda atribuir la comisión del punible de prevaricato por acción a los funcionarios que desconozcan el precedente, siempre y cuando se satisfagan ciertos requisitos sentados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tales como, por ejemplo, que se profiera resolución, dictamen o concepto, *manifiestamente contrario* al orden jurídico. Ante este punto en particular vale la pena destacar que la Corte realizó una disertación que ya había traído a colación el profesor BERNAL PULIDO cuando diferenciaba entre disposiciones y normas. Según la Corte, cuando una disposición es lo suficientemente clara, hasta el punto que coincide con una única norma (la disposición interpretada), y no obstante aquello el servidor público se

²¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-571 de 2007*. M.P. Jorge Córdoba Triviño. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-571-07.htm> (25.1.2015)

aparta de esta, es menester predicar la eventual comisión del punible de prevaricato, independientemente si se trata de una disposición constitucional o legal. Consecuencia jurídica que no se deriva cuando de una misma disposición se puede predicar la existencia de varias normas o interpretación, porque allí no se configuraría el carácter manifiesto que exige la jurisprudencia en torno al tipo penal²¹⁷.

3. OTROS AUTORES

El profesor CHINCHILLA ha manifestado que para dar una aplicación a los derechos fundamentales se requiere de una teoría constitucional adecuada para que los “artículos codificados digan algo más de lo que permite deducir su imperfecta gramática”²¹⁸. Ello ha sido el principal fundamento para que este autor extienda el concepto de derechos fundamentales al campo jurisprudencial, en el que conceptos como núcleo esencial, mínimo vital, vía de hecho judicial por defecto orgánico y práctico, entre otros, aparecen de manera protagónica sin tener un sustento normativo expreso. Por lo tanto, en un concepto “amplio” de derechos fundamentales, la jurisprudencia, particularmente la constitucional, reviste una importancia especial en el ordenamiento jurídico colombiano por cuanto establece “qué son y cuáles son los derechos fundamentales”.

Desde otra perspectiva, el profesor CASTRO AYALA está a favor de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial en los mismos términos que acontece en los sistemas del *common law*. Según dicha tesis, la Corte Constitucional debería proferir menos sentencias y más autos, ya que con ello, desde su óptica, sería dable establecer un claro catálogo de cuáles son los precedentes y las normas de derecho que deben ser observadas y acatadas por la comunidad jurídica en el ordenamiento colombiano²¹⁹.

²¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-335 de 2008*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Consultado en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm#_ftnref14 (25.01.2015)

²¹⁸ Chinchilla, Tulio. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamenales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. 2ª ed., Bogotá, ed.: Temis, 2009, p. 11

²¹⁹ Castro Ayala, José Guillermo. *La Corte Constitucional: ¿demasiado activa?* en Razón pública, febrero 25 2013. Disponible en: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3584-la-corte-constitucional-idemasiado-activa.html> (8. 11. 2013)

4. CONCLUSIÓN

En el actual capítulo se han presentado tres apartados, los cuales, de la mano del acápite destinado a la tesis de LÓPEZ MEDINA, agotan las principales tesis a favor de la vinculatoriedad del precedente judicial en Colombia. En esta oportunidad se expuso críticamente la concepción normativa del precedente que ostenta BERNAL PULIDO, se presentaron los argumentos del ala reformista de la Corte Constitucional y se mencionó el pensamiento de otros autores que coadyuvan a la filosofía del acatamiento de las sentencias de las Altas Cortes.

La tesis del profesor BERNAL PULIDO constituye una pretensión de superación de las tesis escépticas y las tesis optimistas en torno al valor del precedente judicial. Desde su perspectiva, el precedente debe ser tratado como una *norma adscrita* por cuanto concretiza el alcance de las disposiciones que en la mayoría de los casos son indeterminadas a causa de las falencias del lenguaje. Así pues, el punto de partida del profesor colombiano es la clásica distinción entre *disposiciones* y *normas*, según la cual, las primeras son signos que *per se* no dicen nada, mientras que las segundas constituyen la interpretación de dichos signos, motivo por el cual, estas últimas son las que realmente contienen los mandatos deónticos.

En la medida que la interpretación de las disposiciones constituye la norma como tal, la jurisprudencia profiere mandatos de prohibición o permisión que los destinatarios (tanto las partes del proceso como los demás jueces) deben obedecer, so pena de ser impuesta una sanción. En otras palabras, la fuerza vinculante del precedente judicial deriva del mandato deóntico que contiene la “aseveración interpretativa” de la Alta Corte, la cual se adscribe a la disposición indeterminada. No obstante, las normas que emanan de la jurisdicción ostentan atributos especiales que ameritan un tratamiento diferenciado, como, por ejemplo, se recomienda que cuando haya cambio jurisprudencial, el mismo sea conocido por las salas plenas, quienes deberán argumentar suficientemente porqué se apartan del precedente para satisfacer la pretensión de corrección. A pesar de lo llamativo que resulta el planteamiento del profesor BERNAL PULIDO, el mismo genera ciertas reflexiones que han sido plasmadas en el capítulo que precede y que a continuación se sintetizan.

En primer lugar, no se concibe que la existencia de la *norma adscrita* se condicione exclusivamente a la indeterminación normativa. Imagínese un caso en el que la *disposición* es clara porque carece de indeterminación, pero la *norma* resulta injusta. Si se acoge la tesis de BERNAL PULIDO, los jueces no podrían apartarse de la disposición inequívoca aduciendo la búsqueda de la justicia del caso en concreto, ni la actualización del derecho a las necesidades sociales, ni la petrificación del derecho. Razón por la cual, la fuerza vinculante del precedente judicial se reduce a pocos casos del plano constitucional, mas no del plano legal. El planteamiento de BERNAL PULIDO está diseñado para un modelo de disputa del orden legal contra el orden constitucional o, lo que es lo mismo, de la ley vs los derechos fundamentales; pero no tiene en cuenta la naturaleza de otro tipo de conflictos²²⁰.

En segundo lugar, en aras de fundamentar su tesis, el autor pretende la “re - conceptualización” del artículo 230 de la Constitución Política, lo cual genera la sensación de emprender la búsqueda del “paraíso de los conceptos” a toda costa, incluso rayando en la arbitrariedad judicial, pues llega un punto en el que el sentido común de una expresión debe ser abandonado para ajustarlo a las necesidades del intérprete. Por ende, la permanente “re-conceptualización” conlleva la desconfianza en el Derecho por parte de los ciudadanos y, además, reduce el progreso de la ciencia jurídica.

En tercer lugar, se cuestionan algunas imprecisiones del profesor colombiano respecto al papel del juez como creador o aplicador del derecho, ya que mientras en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* se sostiene que la jurisprudencia es mera aplicación porque se trata de “una aseveración interpretativa”²²¹, en *El derecho de los derechos* se afirma que la aplicación también conlleva la creación del Derecho. Así mismo, aunque esta sería una discusión más teórica, se podrían reprochar algunos de los elementos críticos que se elevan contra el teórico que inspiró a BERNAL PULIDO, el profesor ALEXEY, tales como, por ejemplo, la inexistencia de una moral social objetiva.

²²⁰ Respecto a las insuficiencias de las tesis sobre la vinculatoriedad del precedente en el plano legal, se sugiere: Buitrago Guzmán, María Rosalba. *Metodología del precedente en la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Tesis para optar al título de magister. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/3789/1/06-699348.2011.pdf.pdf> (15.3.15)

²²¹ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. op.cit., p. 115

Por otra parte, se acaba de presentar la tesis del ala reformista de la Corte Constitucional a través de las razones que en mayor medida influenciaron la adopción de la tesis de la “vinculatoriedad relativa del precedente”. Como quiera que previamente se ha contextualizado y explicado cada uno de dichos argumentos, en este momento conclusivo basta con manifestar que, desde la óptica del tribunal constitucional, el precedente debe ser acatado porque al momento de la aplicación del Derecho: supera en parte la existencia de lagunas, permite su aplicación justa, evita su petrificación, unifica criterios de interpretación, no afecta indebidamente la independencia judicial y materializa la igualdad y la seguridad jurídica. Así mismo, se observó en el estudio realizado que, recientemente, mediante algunas providencias, la Corte Constitucional amplió los efectos del precedente judicial a los asuntos que por su naturaleza no son conocidos por las Altas Cortes y, por consiguiente, ha resaltado la importancia del precedente de los Tribunales de Distrito Judicial en asuntos donde se cierra el debate en dicha sede. Aunado a ello, la importancia de las sentencias de las Altas Cortes llega hasta el punto de reconocer que, en caso de satisfacerse ciertos requisitos, el Funcionario que lo desacate incurrirá en el delito de prevaricato.

Finalmente, se presentaron las opiniones de otros autores que también han reflexionado sobre el valor del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano. Allí se destacan el profesor CHINCHILLA y el profesor CASTRO AYALA, quienes, desde puntos de partida diferentes, el primero en búsqueda de la materialización de los derechos fundamentales y el segundo desde una preocupación práctica y procedimental; confluyen en la necesidad de que los funcionarios judiciales sigan los lineamientos establecidos por las Altas Cortes.

IV. CAPÍTULO 3. TESIS EN CONTRA DE LA VINCULATORIEDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA

1. LA TESIS DEL PROFESOR TAMAYO JARAMILLO: LA CLARIDAD NORMATIVA DEL ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO, ex magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y ampliamente reconocido en el ámbito nacional por sus aportes en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual²²², realizó una senda crítica a la tesis que favorece la obligatoriedad del precedente judicial en la primera parte del libro *el precedente judicial en Colombia*. Dicho aparte, a su turno, se subdivide en tres secciones en las que, en su orden, (i) se pone de presente lo que a su juicio es la legítima interpretación del artículo 230 de la Constitución Política, (ii) se cuestiona la postura de la Corte Constitucional y (iii) se critica la doctrina colombiana al respecto²²³. A grandes rasgos, esta misma presentación corresponde con el capítulo quinto del tomo II de *la decisión judicial*²²⁴, otra obra del jurista colombiano.

La segunda parte de *el precedente judicial en Colombia* fue elaborada por el profesor CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., también ex magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y en ella, retomando las críticas de la primera parte del texto, se pretende una reconstrucción propositiva del precedente judicial desde una visión autodenominada racional que, básicamente, aboga por una teoría relativamente vinculante de las decisiones judiciales de las altas corporaciones. El fundamento de esta última posición no es el principio de igualdad, ni el de seguridad jurídica o coherencia del sistema; sino la necesidad de unificar los criterios de aplicación del derecho en el territorio nacional. La segunda parte a la que se acaba de hacer mención no es ciertamente una postura que niegue la obligatoriedad del precedente jurisprudencial en Colombia, sino que complementa la tesis que la defiende.

²²² Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, 1ª ed., Bogotá, ed.: Temis, 2007. Así mismo, Tamayo Jaramillo, Javier. *La responsabilidad del Estado*. 2ª ed., Medellín, ed.: Dike, 2014.

²²³ Tamayo Jaramillo, Javier. *El precedente judicial ¿obligatorio?* En: *El Precedente Judicial en Colombia. Papel y Valor Asignados a la Jurisprudencia*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Ibañez, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 2012.

²²⁴ Tamayo Jaramillo, Javier. *La decisión judicial*. Tomo II. 1ª ed., Medellín, ed.: Dike, 2011, p. 1631- 2024

Una vez realizada la anterior presentación, es menester precisar que si bien se trabajará con el libro titulado *el precedente judicial en Colombia*, en este apartado el lector encontrará únicamente la postura del profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO, que aparece en la primera parte del mismo. Lo anterior porque, como bien lo reconoce CARLOS IGNACIO JARAMILLO J. al reflexionar sobre los apartes del texto, lo único que tienen en común los dos autores es el respeto por el principio de legalidad. En palabras del profesor JARAMILLO J.: “(...) hay que advertir que en lo fundamental, en lo neurálgico la hay (coincidencia de pensamiento), toda vez que, al unísono, en asocio con el profesor TAMAYO, reclamamos respeto a la constitución y a la ley, y no adherimos a actuaciones o interpretaciones desbordadas de los jueces, por más encumbrados, audaces y bienintencionadas que sean, así se hagan a nombre del constitucionalismo posmoderno”²²⁵.

1.1. EL DESCONOCIMIENTO DEL ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

1.1.1. Correcta interpretación del canon constitucional

El principal cuestionamiento que hace el profesor TAMAYO JARAMILLO a las tesis en favor de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial, consiste en que aquella desconoce la literalidad del artículo 230 de la Constitución Política. En su sentir, el canon constitucional es claro y no se presta a la más mínima confusión. El autor advierte al lector que “*si la Constitución, en su soberanía, hubiera consagrado dicha obligatoriedad (la del precedente judicial) no tendría el más mínimo inconveniente en aceptar las normas correspondientes, en cuyo caso buscaría la interpretación de la misma, con sus respectivas consecuencias, pero sin desconocer su texto, así axiológicamente no esté de acuerdo con ellas*”.²²⁶ Acogiendo la propuesta del profesor manizaleño, a continuación se analizará el texto normativo en dos momentos.

²²⁵ Jaramillo J., Carlos Ignacio. *Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. En: *El Precedente Judicial en Colombia. Papel y Valor Asignados a la Jurisprudencia*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Ibañez, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 2012, p. 207

²²⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. *El precedente judicial ¿obligatorio?* op.cit., p. 6

(i) El primer inciso menciona que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”. La expresión “sólo” es un adverbio que significa que los aplicadores del derecho “solamente” o “únicamente” están sometidos al imperio de la ley. La expresión evidencia una categoría gramatical de índole excluyente²²⁷. La expresión “ley”, continúa TAMAYO, no debe ser comprendida como aquella norma promulgada por el Congreso de la República, pues esta sería una visión restringida y profundamente formalista. En su lugar, se propone la ampliación del concepto “ley” para que este abarque también a la Constitución y a los actos administrativos. En ese sentido, resulta equivocado que la Corte Constitucional haya equiparado el concepto “ley” al de “ordenamiento jurídico”, toda vez que esta visión significa, desde su óptica, la inclusión de los valores, dentro de los cuales se encuentra el gaseoso valor de la justicia. Permitir tal introducción conllevaría que las decisiones judiciales recaigan en el decisionismo y arbitrariedad de los aplicadores del derecho²²⁸. La crítica resulta muy gráfica cuando se afirma que la tesis a favor de la vinculatoriedad del precedente defendería una reforma constitucional del siguiente tenor: “los jueces sólo están sometidos a la justicia material”²²⁹, lo que resulta un ideal utópico por cuanto no existen dos concepciones iguales sobre la justicia.

(ii) En cuanto al segundo inciso de la norma, se estima que debido a la claridad del primero era una perogrullada afirmar que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina eran criterios auxiliares de la actividad judicial. Sin embargo, en aras de evitar cualquier tipo de confusión, el constituyente primario lo plasmó de esa manera. El término “auxiliar” significa que dichas fuentes complementan y coadyuvan a la aplicación del derecho, particularmente cuando se presentan lagunas y vacíos en la ley, la Constitución o los actos administrativos. El carácter del precedente jurisprudencial es subsidiario cuando se carece de ley y complementario cuando esta no es clara, pero nunca puede ser equivalente a aquella²³⁰.

Así pues, concluye el autor, el constituyente primario plasmó en el artículo 230 de la Constitución Política un mandato deóntico que obliga a los jueces a obedecer únicamente a la Constitución Política, la ley y los actos administrativos y, en caso de que dichas fuentes no sean

²²⁷ *Ibíd.*, p. 9

²²⁸ *Ibíd.*, p. 64-67

²²⁹ *Ibíd.*, p. 69

²³⁰ *Ibíd.*, p. 10

suficientes para la resolución de un problema, bien sea por vacío legal o ambigüedad lingüística; se pueden apoyar en la jurisprudencia, la equidad, la doctrina y los principios generales del derecho.

1.1.2. Presupuestos para la adecuada interpretación: modelo democrático y respeto por el núcleo básico de las normas vigentes

La anterior interpretación del artículo 230 de la Constitución Política parte de unos presupuestos bien definidos en la obra. Sobre el particular se tiene que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que supone la sumisión de las ramas del poder público a las leyes vigentes. Dicha sumisión se predica con especial recelo de la rama judicial, quien tiene la obligación únicamente de aplicar el derecho, tal como lo predicaba la concepción liberal clásica francesa²³¹. Ello en una lógica de pesos y contrapesos que, tal como lo pone de presente KANT en el texto *la paz perpetua*, es la mejor forma de alcanzar la sana convivencia entre los asociados que gozan de libertad y son tratados con igualdad²³². La supremacía de la ley, además de orientar la labor de las ramas del poder público, constituye una garantía para los ciudadanos porque estos adecúan sus conductas a los mandatos previamente establecidos, evitando así que el rey o los jueces creen normas *ad hoc* para la resolución de sus controversias²³³. En ese sentido se afirma que el principio de legalidad permite la instauración del Estado de Derecho.

A partir de lo anterior, el profesor TAMAYO JARAMILLO acota que cuando las normas son claras estas se deberían aplicar de conformidad con el método semántico y sistemático de interpretación, pues sólo así se materializa el Estado de Derecho y se respeta el fundamento político de que la soberanía radica en el pueblo, quien en últimas delegó en sus representantes la elaboración de la Constitución Política. A esta altura resulta muy ilustrativa la expresión del

²³¹ Matteucci, Nicola. *Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno*, trad.: Francisco Javier Ansuátegui y Manuel Martínez Neira, 1ª ed., Madrid, Ed.: Trotta., 1998, p. 270

²³² Kant, Immanuel. *La paz perpetua*. 1ª ed., Buenos Aires, ed.: Editorial del cardo, 2003, p. 7, Consultado en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89929.pdf> (20.12.14)

²³³ Para Ferrajoli, por ejemplo, “las figuras abstractas del delito deber ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades o características esenciales* idóneas para determinar su campo de denotación (o aplicación) de manera *exhaustiva*, de modo que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera *exclusiva*, de forma que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes”. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 9ª ed., Madrid, ed.: Trotta, 2009, p. 121

profesor colombiano cuando afirma que el no acatamiento por parte de la Corte Constitucional de lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política se traduce en un “golpe de Estado constitucional”, por cuanto no hay respeto alguno por los fundamentos de la democracia misma²³⁴.

Más aún, se cuestiona que la Corte Constitucional, no conforme con desconocer la claridad del pluricitado artículo 230, atribuya a sus providencias el carácter de obligatorias para los jueces de menor jerarquía. Al parecer del autor, esto significa un aberrante desplazamiento del lugar de la ley por la jurisprudencia. Infortunadamente, el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional desconoció que toda interpretación jurídica debe acatar el núcleo semántico esencial de las normas vigentes, independientemente de si la respuesta es justa o no²³⁵, o si se trata de buscar materializar un valor constitucional superior. Bajo tal égida, la Corte tomó el poder de facto en la medida que promulgó la sentencia C-836 de 2001 de forma valorista y decisionista, instaurando una dictadura donde aquella sale ampliamente favorecida por cuanto no existe la más mínima sujeción al orden jurídico vigente y, de paso, impone la obligatoriedad de sus providencias a los jueces de menor jerarquía, bajo la amenaza de la eventual comisión del delito de prevaricato²³⁶.

Por consiguiente, el profesor colombiano fundamenta su interpretación del artículo constitucional en una concepción democrática, según la cual, en un Estado de derecho se debe respetar la división de poderes, producto de la cual, los jueces deben aplicar los mandatos del pueblo, quien delegó en la asamblea nacional constituyente la importante función de establecer cuáles serían las fuentes del derecho colombiano²³⁷. Adicionalmente, vale la pena acotar la recurrente alusión al profesor ALEXY para defender que toda interpretación jurídica debe partir del núcleo básico de las normas vigentes, razón por la cual, ante la claridad de la norma constitucional, no queda otra alternativa que ratificar el valor auxiliar de la jurisprudencia²³⁸. En consecuencia, se rechaza la tesis a favor de la vinculatoriedad del precedente, particularmente la

²³⁴ Tamayo Jaramillo, Javier. *El precedente judicial ¿obligatorio?* op.cit., p. 102

²³⁵ El profesor colombiano sostiene que incluso en la hipótesis de que la norma sea injusta, esta debe ser aplicada, porque de lo contrario se caería en el peligroso escenario de interpretar libremente normas como las de índole penal. *Ibíd.*, p. 18

²³⁶ *Ibíd.*, p. 37-40

²³⁷ *Ibíd.*, p. 7-8

²³⁸ *Ibíd.*, p. 62

de la Corte Constitucional, por cuanto no resulta democrática ni respeta los fundamentos contemporáneos en torno a la interpretación jurídica.

1.1.3. Las consecuencias negativas de adoptar la tesis a favor de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial

TAMAYO JARAMILLO es contundente al aseverar que al adoptar la tesis en favor de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial se obtienen más consecuencias negativas que positivas. Acabamos de mencionar que tal tesis desconoce el principio democrático del Estado de Derecho y los principios básicos de la interpretación jurídica²³⁹. Merece ahora una especial reflexión las razones que aduce la Corte Constitucional para fundamentar tal decisión, ya que el jurista colombiano las considerará meras ficciones que lo único que persiguen es legitimar una postura arbitraria.

En primer lugar, es una ficción que se aduzca la búsqueda del principio de igualdad. La cuestionada tesis afirma que con la obligatoriedad de las decisiones judiciales de las Altas Cortes se alcanza el principio de igualdad como objetivo constitucional, porque se logra que todas las autoridades judiciales le brinden igual tratamiento a situaciones análogas debido, principalmente, a la unificación de los criterios existentes para la aplicación del derecho. El problema subyace en que materialmente nunca dos casos resultan ser iguales. Para ejemplificar su posición, rememora que en materia de indemnización por daños morales a causa de la responsabilidad extracontractual del Estado²⁴⁰, es imposible que dos madres sientan con la misma intensidad el dolor por el deceso de un hijo, no obstante que los hechos que rodearon las muertes resulten ser los mismos²⁴¹.

²³⁹ Tamayo Jaramillo, Javier. *Horroroso balance del derecho de los jueces*. En: *Ámbito Jurídico*. Consultado en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140903-10horroroso_balance_del_derecho_de_los_jueces/noti-140903-10horroroso_balance_del_derecho_de_los_jueces.asp (10.09.2014)

²⁴⁰ *Ibíd.*, p. 31

²⁴¹ Al respecto, se ha mencionado que “la reparación pecuniaria del daño moral procede siempre que se entienda que la misma cumple funciones de compensación y satisfacción, nunca de equivalente”. Rodríguez Corría, Reineiro. *La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral*. Consultado en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/Reineiro7.pdf (20.12.14)

Pero suponiendo, en gracia de discusión, que existieran los casos iguales, resulta un sofisma muy peligroso la obligatoriedad del precedente judicial en términos políticos. Piénsese, por ejemplo, que la Corte realizara interpretaciones fascistas o marxistas sobre un asunto de derecho laboral – lo que resultaría posible si se sigue desatendiendo el núcleo de las normas constitucionales- y que los demás jueces se vieran en la obligación de aplicarlas para garantizar la igualdad²⁴².

La postura de la Corte Constitucional no garantiza la materialización del principio de igualdad y, en su lugar, dicha corporación lo resulta desconociendo abiertamente en algunos detalles que se mencionan en la sentencia C- 836 de 2001. Particularmente se cuestiona el procedimiento propuesto para el cambio de precedentes jurisprudenciales porque, a juicio de TAMAYO JARAMILLO, aquel establece diferenciaciones injustificadas entre quienes son juzgados por las Altas Cortes, de un lado, y quienes son juzgados por los jueces de inferior jerarquía, del otro lado. Al respecto, menciona que algunas causales establecidas en la sentencia C-836 de 2001 concentran tal facultad exclusivamente en las Altas Cortes. Para un juez de menor rango, debido al temor de cometer el delito de prevaricato, no siempre es fácil establecer: *a)* cuando se presenta cambio en la legislación “relevante”, *b)* cuando hay un cambio de las situaciones sociales, económicas y/o culturales o *c)* cuando una decisión es contraria a los valores, objetivos, principios y derechos²⁴³. Al carecer de tal facultad, los jueces de menor jerarquía deben actuar como autómatas del derecho por cuanto su función se reduce a la aplicación silogística del precedente jurisprudencial. En cambio las Altas Cortes, que no tienen el fantasma de la comisión de un delito, pueden interpretar los mencionados criterios de modo tal que generen un intervalo valorista que legitimaría cualquier decisión²⁴⁴.

Así las cosas, la tesis que defiende la obligatoriedad del precedente jurisprudencial atentaría contra el principio de igualdad que tanto se enorgullece de defender, pues el sentido de los fallos dependerá del juez que conozca los casos: si se trata de un juez de menor jerarquía se aplicará silogísticamente el precedente y si se trata de una Alta Corte se caerá en total incertidumbre por cuanto esta puede cambiar el precedente discrecionalmente en cuanto que los valores nunca podrán ser analizados de manera objetiva.

²⁴² Tamayo Jaramillo, Javier. *El precedente judicial ¿obligatorio?* op.cit., p. 30

²⁴³ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia c-836/2001*, op.cit.

²⁴⁴ *Ibíd.*, p. 83-90

En segundo lugar, concatenado con lo anterior, resulta un sofisma argüir la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento jurídico como factores legitimantes de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial. En efecto, cuando se es imposible predecir las decisiones de las Altas Cortes, mal podría decirse que se materializan tales objetivos, pues si alguien demanda de la administración de justicia una respuesta para la solución de un conflicto y esta, en vez de emanar de las normas jurídicas, deviene de un criterio meramente subjetivo del juzgador, se estaría aniquilando una la más básica de las garantías obtenidas en las revoluciones liberales: la legalidad. Adoptando las reflexiones del profesor ROXIN, se recuerda que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal²⁴⁵. Una muestra de lo anterior, recalca TAMAYO, es el caso de la sentencia SU- 047 de 1999²⁴⁶, en la que la alta corporación falló discrecionalmente, pues en “nueve sentencias había afirmado que los congresistas podían prevaricar si en sus funciones de jueces fallaban contra derecho, y, posteriormente sin argumentos serios, cambio su jurisprudencia para sacar de la ilegalidad a los parlamentarios que precluyeron la investigación al presidente SAMPER PIZANO”²⁴⁷.

En tercer lugar, es una ficción afirmar que la tesis de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial hace parte de un rechazo por el formalismo tradicional, porque lo que dicha tesis realmente procura es instaurarlo en su máxima expresión. La crítica consiste en que los magistrados de las altas corporaciones, aduciendo la búsqueda de la justicia material, tienen el poder de crear precedentes jurisprudenciales con total desconocimiento del núcleo básico de las normas vigentes, como se demostró con la interpretación del artículo 230 de la Constitución Política, y hacer que los jueces de menor jerarquía sigan dichos precedentes de manera automática, so pena de incurrir en el punible de prevaricato.

Por lo tanto, la adopción de los modelos no formalistas de interpretación del derecho en búsqueda de la justicia material, se agotan en la “élite jurídica” de los magistrados de las altas corporaciones, puesto que los jueces de menor jerarquía están condenados a aplicar

²⁴⁵ Roxin, Claus. *Derecho Penal General, Tomo I*. trad.: Luzón Peña, Díaz y García Conlledó. 2ª ed., 1997, p. 137

²⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia Su-047/99*, op.cit.

²⁴⁷ Tamayo Jaramillo, Javier. *El precedente judicial ¿obligatorio?* op.cit., p. 43

silogísticamente los precedentes, lo cual se traduce en convertir a las sentencias de las Altas Cortes en una camisa de fuerza para la judicatura que la hace perder cualquier opción de emitir decisiones justas y racionales.

Lo anterior se comprende mejor con un ejemplo adaptado a uno que trae a colación el mismo profesor TAMAYO²⁴⁸. Imagínese que a una persona le es hurtado un celular en el sistema de transporte público de la ciudad. Al conocer el caso, la Corte Suprema de Justicia ha ordenado al victimario la restitución del dispositivo telefónico para la concesión de un beneficio en el *quantum* de la pena regulado por el artículo 269 de la Ley 599 de 2000²⁴⁹, sentando un precedente jurisprudencial, según el cual, para la concesión del descuento punitivo en los casos de Hurto, el sujeto activo de la conducta criminal siempre deberá restituir el mismo bien hurtado u otro con idénticas características para acceder al referido beneficio. Supóngase igualmente que unos meses después de proferida la anterior “sub-regla” de derecho, a un juez de inferior jerarquía le llega un asunto cuyos presupuestos fácticos son muy similares a los que motivaron la decisión de la alta corporación, razón por la cual este debe aplicar el precedente reseñado. Empero, a diferencia del caso resuelto en el pasado por la Corte Suprema de Justicia, en el asunto que se tramita en el juzgado de menor jerarquía, la víctima tiene pensado radicarse en otro país definitivamente. Con la tesis de la vinculatoriedad de precedente jurisprudencial, el juez de menor jerarquía debería ordenar la entrega del celular hurtado o uno con similares características, lo cual sería absurdo porque simplemente la cosa no funcionará en el país foráneo, en cambio, si se le permitiera interpretar con mayor libertad la normatividad al respecto, el funcionario judicial podría arribar a una respuesta más justa y acorde con las necesidades del caso en concreto.

Aunado a lo anterior, las “sub – reglas” de derecho emanadas por la Corte Constitucional no superan los problemas que tradicionalmente se han endilgado al formalismo jurídico, particularmente aquellos puestos de presente por la filosofía analítica o lingüística inglesa derivados del uso del lenguaje, porque, principalmente, dichas “sub – reglas” deben ser redactadas en un lenguaje susceptible de vaguedad, ambigüedad, ambivalencia, etc.

²⁴⁸ *Ibíd.*, p.42

²⁴⁹ El artículo 269 del Código Penal establece: “*Reparación*. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.

1.1.4. Otros argumentos que se rechazan

A lo dicho en precedencia se deben adicionar algunos argumentos que, desde la visión de TAMAYO JARAMILLO, atentan contra la concepción misma del Estado de Derecho.

a) La armónica colaboración entre los poderes del Estado

Según la Corte Constitucional: “La Carta, en su artículo 113, establece que *“los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.”* Con fundamento en este mandato constitucional, la creación del derecho en nuestro sistema jurídico es una labor compartida en la cual participan diversos órganos estatales, que en el ejercicio de sus funciones están limitados por una serie de condicionamientos materiales. (...) Especificando la labor de colaboración armónica entre las ramas del poder en nuestro contexto actual, es necesario reconocer que el papel creador del juez en el Estado contemporáneo no se justifica exclusivamente por las limitaciones materiales de la actividad legislativa y el aumento de la complejidad social. Tiene una justificación adicional a partir de los aspectos teleológicos y normativos, sustanciales del Estado Social de Derecho.”²⁵⁰

El jurista colombiano rechaza la interpretación de la Corte Constitucional sobre el artículo 113 constitucional porque, a su parecer, la colaboración armónica a la que hace referencia el canon constitucional pretende únicamente la no obstrucción funcional entre las diversas ramas del poder público como acontece, por ejemplo, cuando el ejecutivo debe disponer los recursos económicos necesarios para el cabal funcionamiento judicial o cuando la Corte falla imparcialmente sobre la constitucionalidad de las leyes²⁵¹. En consecuencia, la colaboración armónica no se puede traducir, tal como lo hace el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, en la usurpación de las funciones de cada una de las ramas del poder público. Lo peligroso de la teoría de la Corte es que se pretende legitimar en el ordenamiento jurídico que los funcionarios judiciales emitan mandatos legales, tal como lo debería hacer en un Estado de

²⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia c-836/2001*, op.cit.

²⁵¹ Tamayo Jaramillo, Javier. *El precedente judicial ¿obligatorio?* op.cit., p. 46

Derecho el poder legislativo y, a su turno, se permitiría que el legislativo o el ejecutivo se apropien de la función judicial para la aplicación del derecho. Lo anterior raya en la pérdida absoluta de las garantías jurídicas²⁵².

b) Históricamente ha funcionado mejor la vinculatoriedad moral al precedente jurisprudencial

El profesor colombiano rememora que algunas instituciones en el ordenamiento jurídico colombiano han tenido los más importantes desarrollos conceptuales vía sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Muestra de ello son los avances en temas de derecho civil como el abuso del derecho²⁵³ y el principio de que nadie puede alegar a su favor su propio dolo²⁵⁴. Dichos pronunciamientos no sólo han sido aceptados, sino que también han sido aplicados de manera pacífica por parte de la comunidad jurídica en casos futuros, sin que haya sido necesario instaurar la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial. La observancia de la jurisprudencia en estos casos se debe a la existencia de un seguimiento moral por parte de los jueces a las altas corporaciones de justicia, derivada, principalmente, del reconocimiento de que la aplicación del derecho debe ser lo más uniforme posible y que el ordenamiento jurídico está en imposibilidad de dar respuesta a todas las circunstancias por las limitaciones propias del lenguaje²⁵⁵.

La mencionada vinculatoriedad moral no conlleva las consecuencias negativas de la vinculatoriedad obligatoria a la que aspira la Corte Constitucional y que han sido esbozadas líneas atrás²⁵⁶. En su lugar, la vinculatoriedad moral resulta acorde a la tradición jurídica colombiana del *civil law* y con el mandato constitucional consignado en el artículo 230 de la Constitución Política. A esta altura, vale la pena mencionar que recurrentemente el profesor colombiano cuestiona la existencia de los códigos en el derecho nacional si, conforme con la

²⁵² *Ibíd.*, p. 47

²⁵³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. *Sentencia de 21 de febrero de 1938*. Magistrado Ponente: Arturo Tapias Pilonieta.

²⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. *Sentencia de 23 de junio de 1958*. Magistrado Ponente: Arturo Valencia Zea.

²⁵⁵ Tamayo Jaramillo, Javier. *El precedente judicial ¿obligatorio?* op.cit., p. 5

²⁵⁶ Tamayo Jaramillo considera que la Corte Constitucional instauró un modelo de vinculatoriedad obligatoria del precedente.

Corte Constitucional, lo que deben hacer los funcionarios judiciales es priorizar la búsqueda de los valores constitucionales como la justicia.

1.1.5. Crítica a los planteamientos de TAMAYO JARAMILLO

A continuación se presentarán algunas reflexiones en torno a la obra del profesor TAMAYO JARAMILLO, las cuales, posiblemente, el lector acucioso ya ha vislumbrado, pero que en todo caso se considera pertinente explicitar por cuanto son sendas inconsistencias en la exposición que se acaba de realizar.

La primera crítica que se debe elevar en contra del profesor TAMAYO JARAMILLO consiste en la mala lectura que este hace de las tesis a favor de la vinculatoriedad del precedente judicial. Tal como se desprende del simple contraste entre los primeros capítulos de este estudio y el que actualmente se desarrolla, es evidente que el profesor colombiano comete el grave error de equiparar lo vinculante con lo obligatorio. En efecto, salta a la vista que muchos de los ejemplos que utiliza en el diálogo con sus opositores, parten de un modelo de precedente rígido y obligatorio, en el que el juez siempre debe obedecer lo que dictaminan sus superiores. Lo cierto es que dicho modelo no es propuesto por las tesis analizadas en los apartes que preceden al que aquí se aborda. En contraste, las tesis defendidas, entre otros, por LÓPEZ MEDINA, BERNAL PULIDO y la CORTE CONSTITUCIONAL, se caracterizan por modular el alcance del precedente, hasta el punto que prefieren hablar de la “vinculatoriedad relativa del precedente” antes que de una modelo rígido.

En segundo lugar se debe advertir que la principal crítica del profesor TAMAYO JARAMILLO no resulta tan sólida como él la pretende mostrar. En efecto, el profesor colombiano es reiterativo en acusar a la tesis que defiende la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial de desconocer la literalidad del artículo 230 de la Constitución Política, aduciendo que el mismo es lo suficientemente claro e inequívoco en cuanto al valor de la ley y la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho colombiano. Sin embargo, inmediatamente después de elevar su crítica, el autor manizaleño se ve abocado en la necesidad de evidenciar la correcta interpretación del canon constitucional, momento para el cual, debe aclarar que el

significado de la palabra “ley” comprende también a la Constitución y a los Actos Administrativos. Es decir, el autor cae en una tremenda contradicción por cuanto en un primer momento aseveró que el artículo constitucional era lo suficientemente claro e inequívoco y luego, en un segundo momento, debe realizar la “re conceptualización” de uno de los términos consignados en la disposición normativa. Así pues, carece de solidez el argumento según el cual la disposición constitucional resultaba lo suficientemente clara e inequívoca para comprender el sistema de fuentes del derecho colombiano.

Más aún, vale la pena cuestionarse sobre cuáles son los fundamentos para que la interpretación respecto al término “ley” del profesor TAMAYO JARAMILLO deba prevalecer sobre la de la Corte Constitucional o, lo que es lo mismo, porqué la correcta interpretación es la que equipara la “ley” a la “Constitución y a los actos administrativos” y no al “total ordenamiento jurídico”²⁵⁷. En ese sentido, no puede pasarse por alto que la interpretación del profesor colombiano excluye otras fuentes igualmente importantes a la Constitución y a los actos administrativos. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 93 de la Carta Política que eleva al rango constitucional los tratados y convenios internacionales que Colombia ha suscrito en materia de derechos humanos, lo que se ha denominado como el bloque de constitucionalidad y que algunas legislaciones reconocen expresamente para dar alcance normativo constitucional a disposiciones diferentes a las consignadas en el texto constitucional²⁵⁸.

La **tercera crítica** al profesor TAMAYO JARAMILLO es la visión radicalizada que ostenta sobre el principio de legalidad. En su obra afirma que incluso la ley que resulta injusta debe ser aplicada. En sus palabras “el Derecho injusto también es Derecho y, por lo tanto, debe ser aplicado”²⁵⁹. Dicha aseveración debe ser modulada por cuanto este ha sido el punto central de la discusión entre positivistas y naturalistas, sin que a la fecha sea viable establecer una postura conclusiva, por lo que actualmente se acude a las teorías sobre la argumentación para hallar

²⁵⁷ López, Diego. *Igualdad y precedente: el argumento contra Tamayo*. En: *Ámbito Jurídico*, Consultado en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110613-13_igualdad_y_precedente_el_argumento_contra_tamayo/noti-110613-13_igualdad_y_precedente_el_argumento_contra_tamayo.asp?print=1 (10.09.2014)

²⁵⁸ Uprimny, Rodrigo. *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf> (2.01.2015)

²⁵⁹ *Ibíd.*, p. 18

respuestas plausibles²⁶⁰. Al respecto, resulta muy ilustrativo el caso *Riggs vs Palmer*²⁶¹, analizado por el profesor DWORKIN y adaptado por PEÑA AYAZO y BONORINO en el curso de formación para jueces y capacitación de la rama judicial colombiana²⁶². Dicho caso versa, básicamente, sobre un nieto que asesina a su abuelo para hacer efectiva una cláusula testamentaria que le favorecía. La discusión se desata porque se carecía de norma alguna que impidiera al homicida heredar. En el seno de la controversia aparecen, de un lado, quienes afirman que el valor de la justicia impide que se reconozca el derecho sucesoral al nieto y, del otro lado, quienes defienden que al no existir norma prohibitiva se debe conceder el mismo.

En el ejemplo traído a colación, el ex magistrado TAMAYO JARAMILLO sería partidario de conceder el derecho sucesoral al homicida. El argumento es sencillo normativamente, pero insostenible moralmente. Desde el punto de vista normativo, si no existe ningún mandato que restrinja al nieto heredar, mal haría un juez en impedirlo: los jueces solamente resuelven casos aplicando las leyes pre-existentes, independientemente de que ellas sean justas o no. En el caso *Riggs vs Palmer* acontecía una omisión legislativa que en nada incumbía al juez, quien, al no tener un sustento normativo para negar la concesión herencial, debía proceder a su inmediato reconocimiento. En contraste, desde el punto de vista moral, resulta contrario a los valores sociales y culturales que una persona le quite la vida a otra por un interés netamente patrimonial, máxime cuando la causa originaria es un testamento, el cual, según enseñan las reglas de la experiencia, se suscribe por un acto de generosidad de un individuo hacía otro.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que después de la segunda guerra mundial, con ocasión a la crisis que originó el modelo positivista en cuanto la adopción de la lógica formal en la aplicación del derecho –el mismo Kelsen sería víctima del holocausto Nazi²⁶³–, se propone un

²⁶⁰ Kaufmann, Arthur. *Derecho Natural y Positivo. Problema Histórico de la Filosofía del Derecho*. En: Filosofía del Derecho. 2ª ed., Bogotá, ed.: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 61-88

²⁶¹ Tribunal del Estado de Nueva York. *Sentencia del caso Riggs vs Palmer*. 1889. Consultado en: <http://www.rtdf.es/numero11/21-11.pdf> (4.01.2015)

²⁶² Peña Ayazo, Jairo Iván y Bonorino, Pablo Raúl. *Filosofía del Derecho*. 2ª ed., Bogotá, Ed.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p.: 14 Consultado en: <http://www.ramajudicial.gov.co:8080/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/ARCHIVOS%20CONTENIDO/Filosofia%20del%20Derecho%20EJ.pdf> (4.01.2015)

²⁶³ Mejía Quintana, Oscar. La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación. en Númas Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional)*, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, p. 8

cambio de paradigma que a grandes rasgos pretendía superar la interpretación silogística para dar lugar al campo de la valoración. La idea de que la ciencia jurídica debía regirse por las reglas de las ciencias naturales empieza a ser abandonada, pero sin caer en el extremo de que el derecho no se regía por normas sino por voluntades, como lo planteaban los realistas más radicales. Algunos autores atribuyen a los juicios de Núremberg y a los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia o Ruanda, la principal causa de la crisis del principio de legalidad²⁶⁴. El cambio de paradigma al que se ha hecho mención significa que las decisiones judiciales no necesariamente se deben fundamentar en las leyes escritas, sino que, por el contrario, las mismas pueden edificarse en la búsqueda del valor supremo de la justicia como un derecho no escrito.

Así las cosas, el principio de legalidad entra en crisis por la imposibilidad de ofrecer respuestas justas a situaciones inaceptables. A la luz del principio de legalidad liberal, los altos mandos militares alemanes no hubiesen sido responsables del genocidio judío, pues no existía norma alguna que reprochara su actuar y sí, por el contrario, varias disposiciones lo incentivaban. Además, según enseña el profesor SARRABAYROUSE, el principio de legalidad también entra en crisis por fenómenos como: *a)* la aparición de nuevos actores con poderes supra estatales como, por ejemplo, los empresarios; *b)* la globalización; *c)* el derecho internacional; *d)* la hiperinflación normativa; etc.²⁶⁵

Ante este panorama, resulta evidente que la crítica al profesor colombiano recae en la simplicidad con la que pretende persuadir a la audiencia sobre el principio de legalidad. No es cierto que exista un consenso en torno a que el derecho injusto deba ser aplicado silogísticamente por el intérprete jurídico. La postura del profesor colombiano desconoce la complejidad filosófica de la relación derecho - moral, así como los antecedentes históricos que cambiaron la perspectiva liberal que irradiaba al principio de legalidad²⁶⁶.

²⁶⁴ Montiel, Juan Pablo. *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿Decadencia o evolución?*, 1ª ed., Madrid, ed.: Marcial Pons, 2012, p. 28

²⁶⁵ Sarrabayrouse, Eugenio C. *La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración*. En: Montiel, Juan Pablo. (comp.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿Decadencia o evolución?*, 1ª ed., Madrid, ed.: Marcial Pons, 2012, p. 34-37

²⁶⁶ Hruschka, Joachim. *Kant, Feuerbach y los Fundamentos del Derecho Penal*. En: Montiel, Juan Pablo. (comp.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿Decadencia o evolución?* op.cit., p. 87-91

Como **cuarta crítica** se tiene la utilización de ejemplos altamente sugestivos que no necesariamente corresponden con posturas coherentes²⁶⁷. Así, por ejemplo, se recuerda que el autor pone en tela de juicio que la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial materialice el principio de igualdad porque, a su juicio, nunca existirán dos casos iguales. El ejemplo que utiliza para ilustrar su anterior postura es el de la indemnización pecuniaria por daños morales en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, hipótesis en la que, según la crítica, no existen dos casos iguales porque simplemente el padecimiento de dos madres nunca podrá ser el mismo debido a que el daño moral “incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece”²⁶⁸ y, por ende, no sería adecuado la sujeción de los jueces a los precedentes jurisprudenciales que establezcan un *quantum* determinado.

El yerro en el que incurre el profesor colombiano es creer que cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado en torno a estos casos ha establecido una “sub-regla” que determina exactamente el monto de la indemnización para todos los casos en los que haya lugar su reconocimiento, ya que, por el contrario, lo que realmente ha hecho el máximo tribunal de la jurisdicción administrativa es establecer un “sub-principio” que permite cierta discrecionalidad al juez de menor jerarquía al momento de reconocer la indemnización pecuniaria, pues lo que se ha dicho es que “el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales”²⁶⁹. Pero la imprecisión del profesor colombiano no se limita al alcance de la jurisprudencia –le da el carácter de “sub-regla” a un mandato que debe ser tratado como “sub-principio”- sino que, además, genera muchas dudas en cuanto al tratamiento que desde su parecer deberían tener los casos de indemnización por perjuicios morales. Vale la pena preguntarse ¿resulta razonable dejar total discreción a los jueces para que tasan libremente los perjuicios morales dependiendo de

²⁶⁷ Respecto a la utilización de ejemplos sugestivos se sugiere: López, Diego. *Igualdad, Precedente y Derechos Laborales: el argumento contra Tamayo*. Op.cit.

²⁶⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de marzo de 1994. citada por: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref. Exp. 11001-3103-0006-2002-00101-01. Sentencia de 9 de julio de 2012, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

²⁶⁹ Consejo de Estado de Colombia. Sección 3ª. *Sentencia No 66001-23-31-000-1996-3160-01 de 6 de septiembre de 2001*. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Consultado en: http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/lib/exe/fetch.php?media=6_de_septiembre_de_2001_c.p._alier_eduardo_hern_indez_enr_quez.pdf (10.01.2015)

cada uno de los casos? ¿No sería mejor que la jurisprudencia se encargara de establecer algunos parámetros para su imposición, tal como actualmente funciona? Las anteriores son preguntas sin respuesta en la obra del profesor colombiano.

Algo similar ocurre con el ejemplo del celular que se debe restituir a una persona que en los próximos días ha programado un viaje al exterior, puesto que en esta segunda hipótesis la crítica radica en que la Corte Suprema de Justicia ha establecido una rígida “sub – regla”, según la cual se debe restituir el “mismo” objeto hurtado, generando futuras sentencias absurdas. La crítica con el ejemplo hipotético sería válida si las altas Cortes emitieran exclusivamente “sub-reglas” y nunca “sub-principios”. Pero la situación no es aquella. En este caso la Corte puede ordenar el “sub-principio” de “la restitución del mismo bien u otro dependiendo las circunstancias particulares del caso”. La crítica es reforzada con la suposición de que ningún juez se apartará de la “sub-regla” por temor a la comisión del punible de prevaricato.

Este último aspecto, la no separación del precedente jurisprudencial por el temor a la comisión del punible de prevaricato por parte de los jueces de inferior jerarquía, es una **quinta crítica** que amerita la postura del profesor colombiano. En primer lugar, la existencia de un temor por parte de los funcionarios judiciales es una aseveración que carece de sustento alguno, pues brilla por su ausencia investigación alguna de índole cuantitativa o cualitativa que le permitiera llegar a una conclusión de tal magnitud. En segundo lugar, se desconoce el verdadero alcance de las condenas por la comisión del delito de prevaricato por acción, así como los alcances que la jurisprudencia penal ha brindado al concepto. En efecto, una vez analizado los argumentos del profesor TAMAYO JARAMILLO, se estimó necesario explorar la jurisprudencia penal para determinar si era viable la comisión del delito de prevaricato por acción cuando un juez desconocía un precedente jurisprudencial.

Como resultado del anterior proceso se concluyó que en los términos que denuncia TAMAYO JARAMILLO, por lo menos en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no existen condenas penales contra jueces de inferior jerarquía por apartarse del precedente jurisprudencial. En contraste, las sentencias que la Corte Suprema de Justicia ha emitido contra funcionarios judiciales por la comisión del delito de prevaricato por acción están relacionadas con abiertas

contradicciones entre las decisiones adoptadas y la ley. Por ejemplo, en la sentencia bajo el radicado 38651 de 6 de febrero de 2013, la Corte Suprema ratificó la sentencia condenatoria contra un ex Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Cali, quien, en el ejercicio de sus funciones, absolvió a tres personas que habían sido capturadas en flagrancia mientras cometían el punible de secuestro contra un comerciante de nacionalidad peruana²⁷⁰. Aunque no se haga expreso en la decisión adoptada, la discusión versaba sobre el alcance de la garantía *in dubio pro reo*, según la cual, toda duda razonable se resolverá a favor del procesado, pues mientras la defensa aducía que de la actividad probatoria se desprendían contradicciones entre los testigos presentados por el ente acusador, lo que llevó al procesado a emitir una sentencia fundado en las dudas producto de tales fallas probatorias; la Fiscalía, por su parte, aseveraba que la decisión judicial era manifiestamente contraria a la ley porque las eventuales contradicciones eran producto del proceso de memoria de los declarantes, sin que en ningún momento se discutiera la esencia de su actuar criminal, pues era evidente que los procesados fungían como sujetos activos de la conducta criminal por la que eran investigados. Al final, la Corte recoge la tesis del ente acusador y concluye que en el caso *sub examine* el procesado había emitido una decisión manifiestamente contraria a la ley, pues no era razonable que dadas las particularidades del caso se emitieran un juicio absolutorio.

No obstante el sentido condenatorio de la decisión, la alta corporación hace una claridad en virtud de la cual el delito de prevaricato por acción no es predicable de las decisiones judiciales cuando se funden en “simples diferencias de criterio respecto de un específico (sic) punto de derecho (...), en cuanto es bien sabido que determinadas materias admiten diversas interpretaciones u opiniones”²⁷¹. Así pues, se resalta que la procedencia del delito de prevaricato por acción solamente se da cuando el acto es “manifiestamente” contrario a la ley. Ello se ratifica con otra sentencia del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, en la que se cuestionaba la decisión de una Fiscal delegada ante el Tribunal Superior de San José de Cúcuta, quien hizo entrega de un automotor de placa venezolana que presentaba falencias en su documentación pero que no había sido reportado como hurtado o involucrado en cualquier otro delito. En aquella oportunidad, la Corte aseveró que el delito de prevaricato por acción “debe girar en torno al

²⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. *Sentencia 38651 de 6 de febrero de 2013*. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

²⁷¹ *Ibíd.*

abierto desconocimiento de las normas legales que debían gobernar la solución del asunto sometido al conocimiento del funcionario, sin que en cambio pueda fundarse en juicios de valor sobre el mayor o menor acierto de lo decidido²⁷².

Por consiguiente, se refuta el argumento del profesor TAMAYO JARAMILLO en torno a la judicialización de los funcionarios judiciales que actualmente desconocen los precedentes jurisprudenciales, pues ello sería una visión limitada del desarrollo jurisprudencial respecto al tema. En todo caso, vale la pena aclarar que esta es una imprecisión en la que no solo incurre el profesor colombiano, sino que incluso algunas de las más reconocidas colecciones jurídicas encargadas de sistematizar extractos jurisprudenciales²⁷³ que tienden a reseñar que el prevaricato por acción se comete con el simple desconocimiento del precedente, cuando de lo que se trata es de casos que, se reitera, manifiestamente contravienen los mandatos legales²⁷⁴.

La **sexta crítica** radica en la inadecuada interpretación que se hace de la teoría de la argumentación del profesor ALEXY. Recuérdese que líneas atrás TAMAYO JARAMILLO sostenía que el profesor alemán, uno de los más importantes íconos de la argumentación jurídica contemporánea, defendía la idea de que toda interpretación jurídica aceptable debía partir del núcleo básico de las normas jurídicas y que, por ende, así la respuesta fuera injusta, siempre se debía dar aplicación a la norma²⁷⁵. Aquella es una lectura un tanto simplista de la obra del profesor ALEXY, por cuanto desatiende que la misma es una pretensión de conciliación entre la racionalidad práctica y la racionalidad jurídica o, lo que es lo mismo, entre los criterios morales y los criterios jurídicos para la toma de decisiones judiciales²⁷⁶.

En séptimo lugar, la crítica que se erige contra la sentencia SU-047 de 1999, según la cual dicha providencia es una muestra del total decisionismo de las Altas Cortes, carece de una

²⁷² Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. *Sentencia 22855 de 25 de mayo de 2005*. M.P. Marina Pulido de Barón.

²⁷³ Velásquez, Iván. *Jurisprudencia Penal Extractos Primer Semestre año 2013*. 1ª ed., Medellín, ed.: Librería Jurídica Sánchez, 2013, p. 416

²⁷⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. *Sentencia 39456 de 25 de mayo de 2005*. M.P. José Luis Barceló Camacho.

²⁷⁵ Tamayo Jaramillo, Javier. *El precedente judicial ¿obligatorio?* op.cit., p. 62

²⁷⁶ Szyszczak, Erika. *A theory of legal argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, translated by Robert Alexy. En: *The Modern Law Review*. Vol. 53 No 4, 1990, p. 570. Consultado en: <http://www.jstor.org.ezproxy.unal.edu.co/stable/pdfplus/1096750.pdf> (15.1.2015)

argumentación sólida. En efecto, el profesor manizaleño se conforma con aseverar que la Corte debió resolver el asunto conforme a los precedentes que se habían dictado previamente, ya que la diferenciación entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* resulta ser artificial. Empero, el profesor TAMAYO JARAMILLO no controvierte los argumentos de la Corte tendientes a diferenciar los casos, ni analiza a profundidad las razones expuestas por la Corte. Se extraña, por ejemplo, que no se indague en los motivos por los cuales se considera que un caso en el que el problema esencial a ser resuelto era la competencia y denominación de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara y de la Comisión de Instrucción del Senado²⁷⁷ y otro sobre la votación secreta de los parlamentarios²⁷⁸, resultan idénticos con el caso de la senadora VIVIAN MORALES y otros en cuanto a la votación afirmativa del proyecto de preclusión a favor del ex presidente SAMPER PIZANO²⁷⁹.

Pero no solo se evade el diálogo con la Corte Constitucional, sino que además se dejan de explorar otras realidades que sin lugar a dudas repercuten directamente en la decisión. Evidencia de lo anterior es el hecho de no tener en cuenta el contexto social, cultural y político en el que se promulgó la sentencia y que el profesor PINILLA CAMPOS pone de presente en el artículo *Legitimidad y validez constitucionales en el contexto jurídico-político de un Estado alterado*.²⁸⁰ Allí se menciona la decisión del máximo órgano de la jurisdicción constitucional debe ser comprendida en el marco de un Estado alterado por las dinámicas clientelistas, mafiosas y violentas en las que los grupos armados y narcotraficantes adquieren protagonismo en sedes como el Congreso y la Presidencia de la República.

2. LA TESIS DE ALEXEI JULIO ESTRADA: LA IMPORTANCIA DEL EQUILIBRIO DE PODERES

²⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-245/1996*, magistrado ponente Vladimir Naranjo Mesa. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28382> (18.1.2015)

²⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-222/1996*, magistrado ponente Fabio Moron Díaz. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36646> (18.1.2015)

²⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia Su-047/99*, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. op.cit.

²⁸⁰ Pinilla Campos, Ernesto. *Legitimidad y validez constitucionales en el contexto jurídico-político de un Estado alterado*. En: Revista Pensamiento Jurídico. No 35, septiembre-diciembre, Bogotá, 2012, p. 57

Otra postura contraria a la tesis que defiende la vinculatoriedad del precedente judicial en Colombia es la asumida por el profesor ALEXEI JULIO ESTRADA. Cabe anotar que dicha crítica no resulta tan evidente, pues esta, a diferencia de lo que sucedía con el profesor TAMAYO JARAMILLO, deviene de interpretaciones de algunos de sus artículos, mas no de manifestaciones directas del autor que evidencien una oposición radical a las tesis descritas en el primer aparte de este texto. Hecha la anterior salvedad, se debe poner de presente el escepticismo que existe en el profesor que ahora ocupa nuestra atención en cuanto a la interpretación judicial en un Estado social de derecho y que resulta evidente en las líneas que a continuación se reproducen:

“(…) la concepción del rol de los jueces como portavoces de la ley y su total dependencia del poder legislativo, ha sido ampliamente superada, y se admite que el juez puede y debe crear derecho. Sin embargo, queda planteada una interesante cuestión y es saber si esa labor creadora ha de estar subordinada a las orientaciones de las instituciones representativas, es decir, si se trata de una labor “intersticial” que se desarrolla dentro de los espacios que dejan libre el legislador, o si por el contrario en una democracia constitucional el rol de los jueces es el de ser guardianes de los derechos de los ciudadanos, con la consiguiente obligación de oponerse en determinados casos a las orientaciones dominantes en las instituciones político representativas”²⁸¹.

Nótese que en las anteriores líneas, a partir de una concepción sobre la interpretación jurídica que oscila entre el neo-cognotivismo contemporáneo y el escepticismo realista²⁸², se ponen sobre la mesa asuntos tales como la legitimidad del control de constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Constitucional y el respeto que ameritan los órganos representativos del Estado como el Congreso de la República. A esta altura, se preguntará el lector ¿en qué medida la postura de JULIO ESTRADA sobre la interpretación jurídica se relaciona con la vinculatoriedad del precedente judicial?

²⁸¹ Estrada, Alexei Julio. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la constitución colombiana de 1991*. op.cit. p. 161

²⁸² Guastini, Riccardo. *La interpretación de la Constitución*. op.cit., p. 20-67

En primer lugar, el profesor colombiano reconoce tácitamente que la discusión sobre el monopolio de las fuentes del derecho realmente esconde una pugna de poder entre la rama legislativa y la rama judicial, pues solo así se entiende su preocupación por el respeto a las instituciones políticas representativas. En el fondo lo que se discute es la legitimidad con la que, parafraseando declaraciones de la congresista VIVIAN MORALES sobre la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo, unos pocos magistrados resuelven “a puerta cerrada” los asuntos de mayor interés nacional sin atender la soberanía popular²⁸³. En segundo lugar, si se trata de un asunto de poder, será inevitable afirmar que los jueces desatienden el contenido de las normas. Por consiguiente, la tesis que defiende la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial no se preocupa por el contenido del artículo 230 de la Constitución Política que innegablemente otorga un valor auxiliar a la jurisprudencia²⁸⁴, sino que simplemente materializa el interés de la Corte en monopolizar las fuentes del derecho. Allí radica el vínculo entre la interpretación jurídica y la tesis sobre la vinculatoriedad de las fuentes del derecho colombiano en la obra del profesor JULIO ESTRADA.

Aunado a lo anterior, el autor cuestiona la tesis de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial por un efecto práctico que consiste, principalmente, en la falta de disciplina que se observa al interior de las Altas Cortes en las denominadas líneas jurisprudenciales caóticas. Así mismo, el profesor cuestiona que la Corte Constitucional al momento de volver vinculante el precedente no haya brindado un ejercicio de ponderación satisfactorio en el que se tuviera en cuenta el alcance del principio de autonomía judicial, pues, a su parecer, dicho pilar se ve afectado con la tesis que defiende el máximo órgano de la jurisdicción constitucional. Y, finalmente, crítica que la tesis que defiende la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial en el derecho colombiano brinde tratos preferenciales a las altas cortes respecto a los jueces de inferior jerarquía en temas neurálgicos como, por ejemplo, cuando se requiere el cambio de jurisprudencia por contrariar valores, principios y derechos consagrados en el ordenamiento jurídico, en tanto que “paradójicamente, el fallo redundaría en una disminución de la eficacia

²⁸³ “Proponen Referendo Para Decidir Sobre Adopción De Niños Por Parte De Homosexuales” En: *El Espectador*. 29 de agosto de 2014. Consultado en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/proponen-referendo-decidir-sobre-adopcion-de-ninos-part-articulo-513493> (21.01.2015)

²⁸⁴ Estrada, Alexei Julio. *El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001*. En: Anuario de Derecho Constitucional, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 51

normativa de la propia Carta, puesto que la interpretación conforme a la Constitución estaría reservada a las Altas Cortes”²⁸⁵.

Todo lo anterior se encuentra ejemplificado con un análisis que realiza el autor sobre la sentencia C-1064 de 2001²⁸⁶, en la que se demandó la Ley 628 de 2000 “Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2001” por un asunto relacionado a la inclusión de una variable para calcular el incremento salarial de los empleados públicos y que, desde la perspectiva del doctrinante, debía ser resuelto conforme al precedente plasmado en la sentencia C-1433 de 2000²⁸⁷, pero que la Corte artificiosamente desconoció²⁸⁸. A diferencia de la crítica que elevó TAMAYO JARAMILLO contra la sentencia SU- 047 de 1999, se debe reconocer que los cuestionamientos de JULIO ESTRADA al caso que toma como ejemplo resultan mejor fundamentados y evidencian realmente una mala disciplina de parte de la Corte Constitucional en torno al respeto de sus propios precedentes.

3. TESIS DEL ALA CONSERVADORA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Continuando con la metodología propuesta para el análisis de la postura de la Corte Constitucional, se procede a reconstruir los principales argumentos que se han dado al interior de la Corte a favor de la no vinculatoriedad del precedente. Recordará el lector que en el acápite destinado a la presentación de los argumentos del “ala reformista” se manifestó que no se pretendía la reconstrucción rigurosa de la línea jurisprudencial sobre la vinculatoriedad del precedente, por cuanto este es un trabajo ya elaborado por los profesores LÓPEZ MEDINA, BERNAL PULIDO y QUINCHE RAMÍREZ. La misma salvedad aplica para las siguientes líneas.

²⁸⁵ *Ibíd.*, p. 54-55

²⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1064 de 2001*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1064-01.htm> (20.1.2015)

²⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1433 de 2000*. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1433-00.htm> (20.1.2015)

²⁸⁸ Estrada, Alexei Julio. *El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001*. op.cit., p. 57-61

Adicionalmente, es menester precisar que, a diferencia de lo que sucedió con el “ala reformista”, el “ala conservadora” de la Corte no emprendió una defensa directa por la no vinculatoriedad del precedente, pues la mayoría de fallos que se adscriben a tal postura resultan ser evasivos y, en el mejor de los casos, tímidos al respecto. Razón por la cual, tradicionalmente se ha cuestionado la pasividad de la denominada “ala conservadora” al conocer asuntos que, a juicio de LÓPEZ MEDINA, constituían oportunidades invaluable para sentar una posición en torno al alcance de los precedentes jurisprudenciales en el derecho colombiano. La mayoría de argumentos se encuentran en las sentencias emanadas entre el periodo 1992 - 1995, aunque vale la pena aclarar que algunos salvamentos y aclaraciones de voto recientes esconden argumentos que claramente se adscriben a tal postura.

En la sentencia *C-113 de 1993*, la Corte Constitucional conoció la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, según el cual “los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución”. Aunque la demanda versaba sobre la no inclusión de la favorabilidad en materia laboral, se declaró la inexecutable de la norma demandada porque el Presidente de la República no tenía la potestad para regular los efectos de las sentencias de la Corte, pues su ámbito de competencia se limitaba a establecer el procedimiento hasta antes de la emisión de las sentencias. En ese sentido, se dijo que el llamado a establecer los efectos de los fallos de la Corte Constitucional era la misma Corte porque “entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”²⁸⁹. En el fondo, en esta providencia no se presentaron argumentos tendientes a desvirtuar la vinculatoriedad del precedente, simplemente se excluyó una norma del ordenamiento jurídico que a la luz de una interpretación amplia hubiese dado lugar a los primeros cimientos de la tesis a favor de la vinculatoriedad en el seno de la Corte.

En contraste, en la sentencia *C-131 de 1993*, la Corte Constitucional sí aduce expresamente las razones por las que el precedente jurisprudencial –comprendido de manera general- no debía

²⁸⁹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-113 de 1993*. M.P.: Jorge Arango Mejía. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-113-93.htm> (26.1.2015)

ostentar el carácter de obligatorio. En aquella oportunidad se conoció la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2 y 23 del Decreto 2067 de 1991, por el cual se dictó el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional. Por lo que aquí interesa, el artículo 23 señalaba que: “La doctrina Constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explicadas en la sentencia.”

Así pues, lo primero que hace la Corte es reducir el término “doctrina constitucional” a las sentencias emanadas en el marco de la acción pública de constitucionalidad y, a partir de ello, se sostiene que la declaratoria de exequibilidad o inexequibilidad de una determinada ley corresponde con pronunciamientos que ningún juez o autoridad pública puede desconocer. Aquellos son los únicos pronunciamientos que resultan obligatorios, porque los demás, incluidos los de la acción de tutela, únicamente vinculan a las partes en el proceso, so pena de afectar el artículo 230 de la Constitución Política²⁹⁰. A lo anterior se ha denominado **el argumento en contra de la vinculatoriedad del precedente por exclusión, es decir, porque los únicos fallos que vinculan son los que se emiten como resultado de la acción pública de constitucionalidad de las leyes.**

En ese sentido, la providencia en cuestión aseveró que la literalidad del artículo 230 de la Constitución Política conllevaba que toda la parte motiva, en principio, significaba un criterio auxiliar –no obligatorio-. Allí se pone de presente **el argumento en contra de la vinculatoriedad del precedente por la literalidad del artículo 230**. Claro está que más adelante, en la misma providencia, se aclara que la parte resolutive de las sentencias y los argumentos que “guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, (...) en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios”²⁹¹. Allí nace la diferenciación entre la *ratio decidendi* y las *obiter dicta*, expuesta posteriormente en la sentencia SU-047 de 1999²⁹².

²⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-131 de 1993*. M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm> (25.1.2015)

²⁹¹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-131 de 1993*. op.cit.

²⁹² Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-047 de 1999*. op.cit.

Ahora bien, sorprenderá a algunos que la sentencia *T- 123 de 1995*, cuyos argumentos ayudaron a fundamentar en mayor medida el “ala reformista” de la Corte, presente **el argumento en contra de la vinculatoriedad del precedente por la defensa del principio de independencia judicial**, particularmente cuando se trata de decisiones judiciales emitidas por otros despachos judiciales de igual o menor jerarquía que el fallador²⁹³. En virtud del mencionado argumento, si bien es cierto que los jueces deben velar por la aplicación lo más uniforme e igualitaria posible del ordenamiento jurídico en los asuntos que se colocan bajo su consideración, también lo es que las decisiones judiciales de otros despachos judiciales no se pueden convertir en camisas de fuerza hasta tal punto que se sacrifique totalmente el principio de independencia judicial. En palabras del tribunal constitucional:

“Cuando el término de comparación no está dado por los propios precedentes del juez sino por el de otros despachos judiciales, el principio de independencia judicial no necesita ser contrastado con el de igualdad. El juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP art. 230), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad”²⁹⁴.

Los anteriores fueron los argumentos más destacables del “ala conservadora” de la Corte Constitucional o, por lo menos, los que se extraen de las sentencias que tradicionalmente se han adscrito a tal corriente. No está de más aclarar que algunos autores atribuyen a dicha corriente la defensa del **argumento en contra de la vinculatoriedad del precedente por la tradición del *civil law* que irradia al ordenamiento**²⁹⁵. Al respecto se sostiene que nuestro sistema jurídico es

²⁹³ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-123 de 1995*. op.cit.

²⁹⁴ *Ibíd.*

²⁹⁵ López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. op.cit., p. 29-30

neo-romanista y positivista, porque tradicionalmente se ha entendido que *a)* los jueces meramente aplican la ley, *b)* los pronunciamientos judiciales son importantes sólo en la medida que sirven para ilustrar las normas positivas cuando estas son oscuras o ambiguas *c)* La obligación de obedecer al derecho se cumple cuando se falla exclusivamente conforme a las leyes del constituyente y/o legislador, *d)* los jueces están atados a la ley y son “independientes a las sentencias anteriores” y *e)* se enseña el derecho como un conjunto normativo de origen legislativo²⁹⁶.

Así mismo, cabe aclarar que algunos magistrados se han pronunciado en torno a la tesis de la vinculatoriedad del precedente, particularmente en algunas aclaraciones de voto, lo cual ha enriquecido cuantitativamente la argumentación del “ala conservadora”. Así, por mencionar alguno, se tiene *el salvamento de voto* de Jaime Araujo Rentería a la sentencia *C-836 de 2001*, en el cual se dijo que la posición de las Altas Cortes respecto a los demás jueces en el ordenamiento jurídico debe ser funcional, y no jerárquica como lo pretende la Corte. En otras palabras, se presenta **el argumento en contra de la vinculatoriedad del precedente por cuanto no existe jerarquía entre los diferentes jueces de la república**. Bajo la égida de tal postura, el criterio de autoridad de las Altas Cortes carece de sentido porque la organización estratificada de la rama judicial en ningún momento puede incidir en la autonomía judicial. Por el contrario, cuando se acepta una posición jerárquica se corre el riesgo de arrebatar la independencia judicial y se desconoce abiertamente que los jueces “sólo están atados a la ley y no al precedente judicial”²⁹⁷.

4. CONCLUSIÓN

Se acaba de discurrir en un capítulo fundamental para el objetivo de este estudio. La anterior fue una presentación, si se permite el uso de la expresión, de la “antítesis” a las ideas expresadas en los capítulos I y II. Un par de aclaraciones deben realizarse antes de proceder a las conclusiones definitivas. En primer lugar, como puede observarse, la bibliografía que respalda la tesis en contra de la “vinculatoriedad del precedente judicial” es mucho más reducida que la que soporta

²⁹⁶ *Ibíd.*, p. 3

²⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería a la sentencia C-836 de 2001. *op.cit.*

la tesis a favor, lo cual no significa que deba ser menospreciada o subvalorada. En segundo lugar, la tesis a favor del acatamiento del precedente resulta ser más sistemática que la tesis que está en contra de tal atributo, lo que puede llegar a ser una explicación del porqué el análisis de la primera parece más esquemático que el de la segunda.

Hechas las anteriores salvedades, el lector coincidirá que en el marco de las tesis en contra de la vinculatoriedad del precedente judicial existen algunas críticas comunes que identifican a todos sus defensores y otras tantas que los diferencian.

Dentro del primer grupo, las críticas generales de todas las “antítesis”, es dable recordar el protagonismo que adquiere la literalidad del artículo 230 de la Carta Política, según el cual, “los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley”. Los profesores TAMAYO JARAMILLO y JULIO ESTRADA, al igual que el ala conservadora de la Corte Constitucional, reconocen que la norma de normas es lo suficientemente clara en cuanto al papel protagónico de la ley como fuente formal en el ordenamiento jurídico, desplazando a la jurisprudencia a un lugar subsidiario y auxiliar.

Estrechamente vinculado con lo anterior, todas las tesis en contra de la vinculatoriedad del precedente coinciden en la necesidad de garantizar el respeto al principio de legalidad en la mayor medida posible, pues esta es la mejor defensa del modelo de pesos y contrapesos que debe regir en una democracia constitucional como la colombiana. El principio, en el fondo, encuentra cierta cercanía con el modelo liberal, según el cual, el parlamento, que representa la voluntad general del pueblo, emite mandatos generales, abstractos e impersonales que todos deben respetar y acatar. El respeto a la ley se predica de los ciudadanos y de las autoridades estatales, dentro de las que se destacan los jueces, puesto que aquellos deben aplicar estrictamente el Derecho. En la medida que la Corte Constitucional no respeta el núcleo básico normativo del artículo 230 de la Constitución Política, se abroga poderes exorbitantes respecto a las demás ramas del poder público.

Así mismo, existen particularidades que distancian a cada uno de los autores. Así, por mencionar algunas, cabe destacar que el profesor TAMAYO JARAMILLO manifiesta la necesidad de que

la Corte Constitucional adecúe sus criterios a los que él considera los fundamentos de la interpretación legal. Adicionalmente, el profesor manizaleño estima que los pilares en los que se funda la tesis a favor de la vinculatoriedad del precedente constituyen ficciones que no se dan en el escenario real como, por ejemplo, la materialización de la igualdad, de la seguridad jurídica, de la solución justa a los conflictos, de la concreción del lenguaje y de la armónica colaboración entre las ramas del poder público. Cada una de las ficciones han sido esbozadas a lo largo del capítulo que aquí se concluye.

Una vez realizada la presentación anterior, los cuestionamientos que se elevaron contra la tesis de TAMAYO JARAMILLO fueron los siguientes: a) El profesor colombiano confunde el carácter de la “vinculatoriedad relativa del precedente jurisprudencial” con el de la “obligatoriedad del precedente”; b) construye un consenso ficticio sobre la importancia y el respeto al principio de legalidad; c) limita el carácter normativo de las sentencias de las Altas Cortes a los mandatos formulados como “sub-reglas”, negando la existencia de “sub-principios” jurisprudenciales; d) generaliza de manera peligrosa las consecuencias de apartarse del precedente, pues afirma que si no se sigue el precedente se incurre en la conducta punible de prevaricato, cuando lo cierto es que se deben satisfacer algunos requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que proceda tal judicialización; y e) muchos de los supuestos que eleva carecen de sustento fáctico o investigativo, como es el caso, por ejemplo, de las afirmaciones realizadas en torno a la obra del profesor ALEX Y.

En cuanto a JULIO ESTRADA, parece plausible sostener la importancia que el autor colombiano le brinda a la relación que suscita la interpretación jurídica y las instituciones políticas representativas. Al respecto, se cuestiona la fuente de legitimidad a partir de la cual unos pocos magistrados resuelven temas de gran importancia para la nación. Adicionalmente, el profesor cuestiona el manejo caótico que en la práctica evidencian las Altas Cortes respecto a sus propios precedentes.

Finalmente, en lo que atañe al ala conservadora de la Corte Constitucional, se identifica la importancia de la independencia judicial y los atributos de la tradición jurídica del *civil law*, lo

que le permite concluir que el precedente jurisprudencial no debe ser catalogado como vinculante. Aunado a ello, la Corte manifiesta que las únicas sentencias que deben ser acatadas por todos los ciudadanos son las sentencias de constitucionalidad, pues así lo contempla la misma Constitución Nacional.

V. CAPÍTULO 4. TESIS DEL PRECEDENTE JUDICIAL DELIBERATIVO: SUPERACIÓN DE LA DOGMÁTICA CLÁSICA

1. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE DOGMÁTICA

Expuesto lo anterior, se estima que la discusión debe traducirse a términos dogmáticos para alcanzar el propósito de este documento. Procede, entonces, aclarar lo que se entiende por dogmática. Se parte del supuesto que el término representa dos cosas diferentes. La primera de ellas guarda relación con una visión tradicional, según la cual, su función estaría delimitada a la descripción, por lo que ante problemas como la indeterminación del lenguaje, antinomias, principios, etc.; lo máximo que podría hacer sería evidenciar dichas dificultades²⁹⁸. La dogmática clásica se caracteriza por realizar una reconstrucción sistemática avalorada de los presupuestos normativos que resultan útiles para la resolución de casos en concreto.

En contraste, la segunda de ellas, auto-calificada como la “nueva dogmática”, se caracteriza por *“mostrar que la acción propuesta para resolver un caso problemático resulta de la mejor reconstrucción del sistema jurídico fundada en la interpretación de los valores consagrados por el sistema”*²⁹⁹, razón por la cual, es plausible sostener que las revolucionarias investigaciones jurídicas deben abrir su objeto de estudio a aspectos axiológicos y dejar de centrar los mismos en temas meramente normativos y formalistas.

Esta última concepción es de recibo en este documento porque, entre otras razones, evidencia que la investigación en Derecho demanda relacionarse con otras ciencias del conocimiento, tal como es la tendencia actual en ciencias sociales. Ello justifica que se deba reconocer los avances en el campo de la lingüística, la historia (particularmente, aunque no de manera exclusiva, en su aspecto epistemológico sobre lo que significa el concepto de verdad)³⁰⁰, la sociología, la antropología e, incluso, la filosofía política.

²⁹⁸ Courtis, Christian. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*, En *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Courtis Christian (ed.), Madrid, Ed. Trotta. 2006, p. 108 - 109

²⁹⁹ *Ibíd.*, p. 112

³⁰⁰ Archila Neira, Mauricio. *¿Es aún posible la búsqueda de la verdad? Notas sobre la nueva historia cultural* Bogotá, en: *Revista Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura* No 26 de 1999.

En todo caso, no está por demás aclarar que la dogmática jurídica, tanto en su perspectiva tradicional como en la nueva perspectiva, está caracterizada por un procedimiento “pseudo lógico”³⁰¹, según el cual, la ciencia jurídica se encuentra en la capacidad de dar respuestas a todos los casos que se le pongan en consideración. Ello explica porqué, para algunos autores, la dogmática jurídica constituye la “ciencia del derecho”, mientras que para otros constituye el Derecho mismo³⁰².

Un ejemplo de la tensión entre las dos concepciones de dogmática al interior de la ciencia jurídica se presenta en el campo del derecho penal³⁰³. El profesor FERNÁNDEZ CARRASQUILLA³⁰⁴ sostiene que existen dos formas de hacer dogmática: la primera de ellas es la denominada lógica de uso tradicional y de estirpe positivista, la cual resulta ser una continuidad del positivismo normativista que se presenta en KELSEN, BINDING, ROCCO Y WELZEL, cuyo objeto es la construcción puramente lógico racional de un sistema coherente de proposiciones formales donde lo importante es resolver todas las circunstancias que se presenten, es decir, evocan una pretensión de universalidad pero descuidan si dichas soluciones resultan justas o no.

La segunda forma de hacer dogmática, sostiene el penalista colombiano, es aquella dogmática lógica axiológica que, partiendo del valor lógico de las proposiciones, que pueden llegar a ser verdaderas o falsas según el sentido que se les dé frente al ordenamiento jurídico, exige igualmente su rectitud axiológica, es decir, deben siempre corresponder al criterio de justicia que obedece a las normas superiores del ordenamiento jurídico, los derechos humanos, los principios generales del derecho y la equidad.

³⁰¹ Guastini, Ricardo. *La interpretación de la Constitución*, op.cit., p. 20-67

³⁰² Bedoya, Hubed. *Dogmática como derecho*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 131-194

³⁰³ Se selecciona el derecho penal por cuanto allí se han presentado las posturas formalistas más radicales. Ello derivado, en gran parte, de la defensa del principio liberal de legalidad de los delitos y las penas. Ver: Barreto, Hernando. *Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito*. En: Varios. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Bogotá, ed. Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 50

³⁰⁴ Acuña Vizcaña, José Francisco. *Investigación de las transformaciones dogmáticas derivadas de la parapolítica en el sistema penal colombiano*. En prensa.

Por lo anterior, vale la pena mencionar que el concepto de derecho que maneje cada autor resulta fundamental para lograr entender su postura dogmática frente a la teoría del delito que se aborda en determinados ordenamientos jurídicos. Para FERNÁNDEZ CARRASQUILLA “El Derecho es un pensamiento sistémico sobre el derecho positivo, orientado a los fines políticos de la carta de los derechos”³⁰⁵, por ende, el mencionado autor menciona que las ciencias jurídico penales no deberían ser analizadas desde la dimensión o sentido restringido que se limita a un análisis técnico y la organización sistémica de las normas, con criterios formales normativos y puramente jurídicos sino que, por el contrario, debería preocuparse por un sentido amplio cuyo objeto de estudio sea el conjunto de fenómenos criminales (normas, instituciones del derecho penal material, organismos, agentes, etc.) cuyo método abarca el enfoque técnico-jurídico- empírico-valorativo y crítico sobre el delito, el delincuente, la pena, el procedimiento, etc.³⁰⁶

Al igual que el profesor FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, el profesor MIR PUIG, otro ilustre de la ciencia penal contemporánea, ha afirmado la necesidad de reivindicar el papel de la dogmática. En sus palabras “buena parte de culpa de nuestra mala conciencia como dogmáticos puede corresponder al profundo arraigo que, muy especialmente en Derecho penal, ha conseguido una imagen literalmente positivista de la tarea jurídica, que tiende a reducirla a la repetición aclaratoria de las leyes, con la consiguiente renuncia a la secular función de la Dogmática como medio de *participación en la creación del Derecho*”³⁰⁷ (Destacado del texto original).

Así las cosas, la adopción de “la nueva dogmática” en la técnica jurídica no resulta ser algo novedoso de este trabajo. Por el contrario, termina siendo la continuación de una tarea ineludible para el Derecho, ya que sólo así se logra que éste alcance el fin último de regulación justa de las relaciones sociales. Permitir la incursión de aspectos axiológicos al modelo formal de la dogmática clásica, tal como se acaba de poner de presente, resulta familiar incluso para los que tradicionalmente se han reconocido como los más radicales defensores del formalismo legal: los penalistas.

³⁰⁵ Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Liberal de Hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Ed.: Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 48

³⁰⁶ *Ibíd.*, p. 53

³⁰⁷ Mir Puig, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. op.cit, p. 13

2. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL SISTEMA DOGMÁTICO COLOMBIANO

Una vez clarificado lo anterior, corresponde atender a la pregunta: ¿en qué concepción de dogmática se ha enmarcado el precedente jurisprudencial en Colombia?

2.1. El precedente judicial en Colombia a la luz de la dogmática tradicional

El artículo 230 de la Constitución Política de 1991 establece el sistema de fuentes formales que rige en el Derecho colombiano. Allí se consignó que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley y que la jurisprudencia constituía una mera fuente auxiliar en el papel interpretativo del Derecho. No obstante, la Corte Constitucional, influenciada quizás por los argumentos de la tesis a favor de la vinculatoriedad del precedente, ha dado al canon constitucional una interpretación más amplia e incluyente respecto a la que se desprende de la literalidad del mismo.

Lo primero que se debe diferenciar es el precedente que emana de la Corte Constitucional y aquel que emana de los demás Tribunales y Juzgados del territorio nacional. En lo que atañe a los fallos que profiere la Corte Constitucional, es dable distinguir, a su turno, aquellos que son producto del control de constitucionalidad de las leyes, las denominadas sentencias tipo “C”, y aquellos producto de la revisión de las acciones de tutela, denominadas sentencias tipo “T” y “SU”.

La distinción conlleva gran importancia en la medida que la misma Constitución Política, en el artículo 243, menciona que los fallos que la Corte dicte en el ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, lo cual significa que ninguna autoridad podrá reproducir la ley que fue declarada inexecutable mientras persistan las razones que dieron lugar a su declaratoria de inconstitucionalidad. Es decir, la Constitución desde el primer momento le otorgó a las sentencias tipo “C” el carácter de obligatorias y el efecto *erga omnes*. Lo anterior fue ratificado desde los primeros pronunciamientos de la Corte. Así, por ejemplo, en la sentencia T-104 de 1993 se afirmó que mientras los pronunciamientos judiciales de los Tribunales y

Juzgados no configuraban precedentes judiciales obligatorios porque su valor era auxiliar (artículo 230), las decisiones de la Corte Constitucional en sede del control constitucional sí poseían tal atributo por expreso mandato constitucional (artículo 243)³⁰⁸. Dicha postura fue consolidada posteriormente mediante la sentencia C-037 de 1996, en virtud de la cual, la Corte aclaró que, tanto la parte resolutive como la parte motiva que guarde unidad de sentido con aquella *–ratio decidendi–*, tienen efectos *erga omnes*³⁰⁹.

Por consiguiente, las sentencias tipo “C” tienen un efecto obligatorio en el ordenamiento jurídico colombiano. Es importante hacer énfasis en que se trata de decisiones de “obligatorio” cumplimiento por parte de todas las autoridades nacionales, y no de decisiones meramente “vinculantes”. La importancia práctica de la distinción resulta evidente: ningún juez o autoridad, por más adecuada motivación que realice, puede llegar a apartarse de este tipo de decisiones. De ahí que tradicionalmente se diga que esta clase de sentencias hacen parte integral del ordenamiento jurídico debido a que constituyen la aplicación con autoridad de la Constitución³¹⁰.

Posteriormente, a través de la sentencia T-260 de 1995, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional aseveró que sus decisiones tipo “T” también eran precedentes en el ordenamiento jurídico colombiano, pero que éstas, a diferencia de las tipo “C”, tenían un carácter “vinculante”. En aquella oportunidad se apeló al concepto de igualdad en la aplicación del Derecho como fundamento para exigir la subsunción uniforme de los criterios de la Corte Constitucional por parte de los jueces en los asuntos que involucraran la eventual vulneración de derechos fundamentales³¹¹.

Así las cosas, la Corte Constitucional consolidó desde temprano el valor e importancia de sus propios precedentes. Tanto las sentencias tipo “C” como las sentencias tipo “T” tienen efectos que van más allá de la simple afectación a las partes que intervienen en el procedimiento: las primeras son “obligatorias” por expreso mandato del artículo 243 de la Constitución y por

³⁰⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-104 de 1993*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-104-93.htm> (6.3.2015)

³⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-037 de 1996*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1996/C-037-96.htm>

³¹⁰ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El precedente judicial y sus reglas*. op.cit., p. 53-72

³¹¹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-260 de 1995*, op.cit.

reiteración jurisprudencial; mientras que las segundas son “vinculantes” por materialización del principio de igualdad conforme a lo esbozado en la sentencia T-260 de 1995. Así mismo, vale la pena aclarar que los fallos que emite la Corte Constitucional no requieren de especial reiteración para configurar precedente³¹². Lo importante en este punto, se reitera, es reconocer que las sentencias tipo “C” tienen carácter “obligatorio”, mientras que las sentencias tipo “T” tienen carácter “vinculante”.

Ahora bien, en lo que respecta a los fallos de los demás Tribunales y Juzgados, la Corte Constitucional reconoció su valor como fuente “vinculante” solamente hasta la promulgación de la sentencia C-836 de 2001. En efecto, en aquella providencia la Corte reconoció por primera vez que la jurisprudencia de las Cortes de cierre de la Jurisdicción Ordinaria constituía precedente judicial “vinculante”. Previamente se mencionaron los argumentos que sustentaron tal postura, por lo que aquí sólo se recordará que la pretensión de disminuir a su máxima expresión la existencia de lagunas jurídicas, de dar aplicación justa del Derecho, de ostentar un ordenamiento jurídico dinámico, de unificar los criterios jurídicos, de alcanzar la seguridad jurídica y materializar la igualdad de trato por parte del Estado hacía sus ciudadanos, entre otros; fueron los argumentos que llevaron al máximo órgano de la jurisdicción constitucional a realizar tal reconocimiento³¹³.

En la sentencia C-836 de 2001, la Corte se pronunció en torno a lo que la tradición jurídica colombiana reconoce como la doctrina probable, esto es, a la interpretación que hace la Corte Suprema de Justicia como tribunal de Casación en tres fallos uniformes sobre un punto de derecho particular. La conclusión a la que arriba el tribunal constitucional consiste en que los jueces deben acatar preferentemente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, permitiéndoseles en casos muy específicos su disidencia. En otras palabras, la Corte consagró la vinculatoriedad relativa del precedente jurisprudencial proveniente de la jurisdicción ordinaria.

³¹² Contreras Calderón, Jorge Andrés. *El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del Derecho*. En: Revista: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol.: 41, No 115, Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, 2011, p. 331 - 360

³¹³ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia c-836/2001*, op.cit.

Las reglas que imperan en el ordenamiento jurídico colombiano serían las siguientes: *i*) Los jueces deben acatar el precedente de la Corte Suprema de Justicia que se haya plasmado en tres fallos uniformes sobre un mismo punto de derecho (si se trata de la Corte Constitucional, basta con un fallo. Si se trata del Consejo de Estado varía según se trate de una sentencia de unificación jurisprudencial o no). *ii*) Los funcionarios judiciales pueden apartarse legítimamente del precedente cuando consideren que este resulta erróneo, efecto para el cual deberán motivar adecuadamente las razones por las que lo hacen. Las hipótesis en las que se considera que un precedente es erróneo son: a) cuando se presenta un cambio de legislación relevante, b) cuando es contrario a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico y c) cuando se presenta un cambio en la situación social, política o económica que amerita un cambio en la forma como se venía interpretando el derecho³¹⁴.

Además de acudir a la idea de que un precedente es equivocado y que, por ende, debe ser inaplicable en un caso en concreto, *iii*) el Juez puede emplear otras técnicas que doctrinalmente se han reconocido como legítimas para apartarse del mismo. Dichas técnicas son: a) Diferenciar entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* para que no se reproduzcan pasajes descontextualizados de la jurisprudencia, b) distinguir entre los hechos relevantes de los casos conocidos en precedencia por las Altas Cortes y los hechos relevantes del caso que ahora se pone en consideración y, finalmente, c) equiparar dos casos que en principio parecen diferentes pero que en el trasfondo confluyen en un aspecto jurídicamente relevante³¹⁵.

El mensaje es claro: los jueces deben seguir los criterios jurídicos de interpretación empleados por las Altas Cortes, siendo procedente su desatención bajo unas causales bien definidas por la jurisprudencia, tal como se acaba de presentar. Bajo este panorama, se pone a prueba las capacidades de idear y construir argumentos en la lógica de justificar racionalmente las decisiones³¹⁶, particularmente para aquellos jueces que deseen apartarse de los lineamientos de las Altas Cortes.

³¹⁴ *Ibíd.*

³¹⁵ *Ibíd.*

³¹⁶ Atienza, Manuel. Argumentación jurídica, En: *El derecho y la justicia*. Edición de Ernesto Garzón y Francisco J. Laporta, Ed.: Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1996.

2.2. Reflexión personal desde la óptica de la dogmática jurídica

El reconocimiento de la fuerza “vinculante relativa del precedente jurisprudencial” en el ordenamiento jurídico constituye, evidentemente, una visión más avanzada que la tradición legocéntrica de la cultura jurídica colombiana. De hecho, tal reconocimiento es coherente con los avances en el campo de la teoría y filosofía del derecho en torno al carácter indeterminado de las normas, lo que HART denominaría las zonas de penumbra³¹⁷. Sin embargo, no se puede perder de vista que el hecho de admitir la reducción de la indeterminación en el Derecho al aceptar el carácter “vinculante relativo del precedente”, no significa que ésta se elimine definitivamente. Por el contrario, la indeterminación persistirá mientras se requiera del lenguaje para la comunicación, independientemente de que dicha comunicación se realice a través de la “ley” o la “jurisprudencia”. Piénsese, por ejemplo, en expresiones como “calvo”: ¿cuántos cabellos se requieren para ser calvo y cuántos para no serlo? ¿Uno, dos, cien, mil? ¿Cuál es la línea divisoria entre ser y no ser calvo? “Siempre es posible imaginar un objeto del que no disponemos de criterios para saber si pertenece a la referencia de la expresión”³¹⁸.

En ese orden de ideas, no resulta razonable predicar que el grado de indeterminación en el Derecho y, por consiguiente, la inseguridad jurídica, sea un asunto que se resuelva mediante la doctrina de la “vinculatoriedad relativa del precedente”. Las tesis a favor de la “vinculatoriedad relativa del precedente” tal como están planteadas no son la panacea para el problema de la indeterminación jurídica. En el fondo, tales tesis reproducen el problema por cuanto pasan de lo indeterminado de la ley a lo indeterminado de la jurisprudencia.

Pero los problemas no provienen exclusivamente del lenguaje. Los mismos también rayan en asuntos de fondo y/o de valores o principios axiológicos. Por ejemplo, resulta pertinente destacar los esfuerzos de ciertos juristas por demandar la inconstitucionalidad de algunas interpretaciones de la ley que realizan las Cortes de cierre como, por ejemplo, el Consejo de Estado³¹⁹. Si bien la

³¹⁷ Hart, H.L.A. *El concepto del Derecho*. Ed. Abeledo Perrot, 2ª ed., Bueno Aires, Traducción de Genaro Carrio, Capítulo 7, 1961, p. 155-191

³¹⁸ Moreso, Juan José. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. 1ª ed., Madrid, ed.: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 108

³¹⁹ El profesor Félix Hoyos claramente hace parte de este grupo de juristas. Al respecto: Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C- 426-02*, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. 29 de mayo de 2002 Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-426-02.htm> (26.03.2014)

Corte en este tipo de demandas ha manifestado que, en principio, es improcedente cuestionar una u otra interpretación legal vía acción de inconstitucionalidad, también lo es que existen interpretaciones que eventualmente pueden tener una relevancia constitucional de tal talante que ameritarían un pronunciamiento de su parte³²⁰. Este no es el espacio propicio para realizar un análisis detallado del asunto. Lo que interesa destacar es que las interpretaciones jurídicas con autoridad que hacen las Altas Cortes también son susceptibles de contradecir la Constitución Política. De allí que se aplauda la idea que el precedente no sea catalogado como “obligatorio” en el sistema jurídico colombiano, sino que se permita un margen de apreciación al juez en lo que se ha denominado la “vinculatoriedad relativa del precedente”.

En efecto, gracias a la “vinculatoriedad relativa del precedente” se logran evitar las respuestas absurdas y las interpretaciones perversas a las que nos podría arrojar una “mala Corte”. Abrir la posibilidad para que los jueces de inferior jerarquía cuestionen el argumento de autoridad de las Altas Cortes es un avance significativo, pero no es suficiente. El buen propósito debe ir acompañado de herramientas metodológicas coherentes que le permitan al juez efectivamente hacer parte del diálogo con la sociedad y no ser un simple autómatas reproductor de jurisprudencia.

Este documento ha reconstruido críticamente las tesis a favor y en contra de la vinculatoriedad del precedente judicial en Colombia con la finalidad que se identifiquen dos aspectos principalmente: en primer lugar que se establezcan cuáles son los principales argumentos que distan a una tesis de la otra y, en segundo lugar, evidenciar que ambas confluyen en un modelo de dogmática clásica por cuanto se limitan a realizar una descripción del fenómeno, mas no se cuestionan por los atributos del mismo. Rememórese, al respecto, los cuestionamientos relacionados a los modelos “formalistas” y “normativistas” de reconstrucción jurisprudencial propuestos por LÓPEZ MEDINA y BERNAL PULIDO, los cuales, a grandes rasgos, han sido reproducidos por el ala reformista de la Corte Constitucional y constituyen el modelo dogmático que se acaba de explicitar.

³²⁰Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1436 de 2000*. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1436-00.htm> (6.03.2015)

2.3. Necesidad de cambio de paradigma: hacia una “nueva dogmática” deliberativa

Lo dicho hasta acá demuestra que la tesis de la “vinculatoriedad relativa del precedente jurisprudencial”, tal como se concibe actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano, debe ser complementada. Mal haría el lector en pensar que las insuficiencias puntualizadas deberían dar lugar a la adopción de las tesis en contra de la “vinculatoriedad relativa del precedente judicial”. Ello por dos razones como mínimo. En primer lugar, las tesis que rechazan cualquier valor a la jurisprudencia pecan por ser excesivamente “formalistas” en cuanto a la concepción e interpretación del sistema jurídico. Basta recordar el método con el que interpretan el artículo 230 superior para evidenciar su apego al texto normativo, incluso invisibilizando respuestas tan absurdas como que la ley pueda estar por encima de la Constitución. Las concepciones radicalmente “formalistas” son rechazadas en este documento.

En segundo lugar, concatenado con lo anterior, dichas tesis convierten al Derecho en una ciencia hermética que impide la incursión de otros elementos como los que ofrece la filosofía política. En ese sentido, no sería extraño que uno de los argumentos que más ahínco y fuerza persuasiva tenga es el relacionado con el que los jueces en el Estado Social de Derecho, en la lógica de pesos y contrapesos, se encuentran sometidos al imperio de la ley, producto de una decisión soberana del pueblo, por lo cual, de no existir un respeto estricto por la legalidad, se caería en la “anarquía judicial”. En palabras de FERRERES COMELLA “La idea, en síntesis, es que no es legítimo en un sistema democrático que los tribunales de justicia creen Derecho. Comparada con la ley, que proviene del parlamento democrático, la jurisprudencia carece de legitimidad suficiente para imponerse a los jueces y tribunales que han de resolver los casos”³²¹.

En resumen, en este documento se rechaza la manera como tradicionalmente se ha concebido la “vinculatoriedad relativa del precedente”, sin caer por ello en las tesis que rechazan el acatamiento al mismo. La principal razón para tal rechazo se encuentra en la visión clásica dogmática que ambas tesis conservan. Tal como lo mencionaría el profesor ATIENZA al realizar el prólogo al texto *Observar la Ley*, es dable identificar en la doctrina moderna ciertas críticas a la forma tradicional de hacer dogmática, sin embargo, el problema emerge cuando se trata de

³²¹ Ferreres Comella, Victor. *Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia*. En: Laporta, Francisco (comp.) *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. 1ª ed., Madrid, ed.: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 67

plantear eventuales soluciones³²². El cuestionamiento sería: ¿Al instaurar un modelo de “vinculatoriedad relativa del precedente”, la Corte Constitucional superó la forma tradicional de hacer dogmática? La respuesta es no.

En esta oportunidad se pretende quebrantar el sistema hermético que caracteriza al Derecho para que, en su lugar, se abran las puertas a los avances de la filosofía política, particularmente a los relacionados con la democracia deliberativa por cuanto se estima que aquellos ofrecen herramientas metodológicas de gran importancia en la construcción y deconstrucción de los precedentes jurisprudenciales. Cabe aclarar, en todo caso, que la propuesta que aquí se realiza no pretende cerrar el debate en torno a la fuerza vinculante del precedente. Por el contrario, es una propuesta en construcción que aspira a ser coherente con sus fundamentos y, en esa medida, está abierta al diálogo con otras opiniones para arribar al anhelado consenso.

3. EL PAPEL DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

3.1. El paradigma argumentativo como producto de la tensión entre Derecho Positivo y Derecho Natural

Para comprender el lugar que debe ocupar la democracia deliberativa en el proceso de toma de decisiones judiciales, parece ineludible recordar la tensión entre Derecho Natural y Derecho Positivo. A continuación se encontrará una breve descripción del fenómeno, dirigida, principalmente, a evidenciar las insuficiencias democráticas de ambos modelos. La pretensión no es reconstruir el debate en todas sus aristas, sino limitarse a desentrañar aquellos elementos que adquieren relevancia en la concepción del precedente jurisprudencial.

3.1.1. El Derecho Positivo producto de las insuficiencias del Derecho Natural

El positivismo jurídico surge con una clara pretensión de superación de los problemas en los que había incurrido el iusnaturalismo, cuyas diferentes corrientes evidenciaron que dentro del mismo

³²² Atienza, Manuel. *Prólogo a Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Curtis Christian (ed.) Ed. Trotta. 2006. Madrid.

podían encontrarse contradicciones insoslayables al momento de resolver un mismo caso. Para ilustrar lo anterior, se sigue el ejemplo propuesto por GAVIRIA DÍAZ, quien enseña que el fenómeno de la esclavitud no estaría justificado en un iusnaturalismo racionalista, mientras que en un iusnaturalismo aristotélico sí, ya que los hombres por naturaleza son diferentes, tal como se constata con la mera observación. En palabras del autor atrás referenciado, “hay tan buenas razones para sostener que la naturaleza presenta igualdades o para afirmar que hay desigualdades”³²³.

En aquel momento histórico, el Derecho Natural cosmológico indicó que las decisiones judiciales correctas eran aquellas que se correspondían con el derecho natural. Aquel era el límite de los jueces al momento de proferir sentencias. Empero, tal como se acaba de evidenciar con el ejemplo de GAVIRIA DÍAZ, debido a las circunstancias que rodeaban cada uno de los casos, no siempre existía una única elección correcta³²⁴. En esa medida, la toma de decisiones judiciales estaba supeditada al *ethos* de cada pueblo y de cada Estado, el cual fue reconocido por HEGEL como la realidad eficaz de la idea moral³²⁵. El “Estado subsume la dimensión jurídica e, igualmente la dimensión política, en la perspectiva de interpretar y preservar el *ethos* que necesariamente lo origina y le confiere su razón última”³²⁶.

Otro ejemplo que ratifica la complejidad de la toma de decisiones jurídicas en el marco del Derecho Natural florece de la discusión que sostienen SANTO TOMÁS DE AQUINO y JUAN ESCOTO ERÍGENA. El primero plantea la existencia de reglas universales que la razón descubre o que la revelación trae a la mente. Mientras que el segundo sostiene que la ley no es un asunto de conocimiento sino de voluntad, por lo que lo bueno y lo correcto, únicamente sería aquello que Dios ha promulgado³²⁷. La pertinencia de este último ejemplo radica en que uno de los elementos que más se aducen para justificar la obligatoriedad (sentencias tipo “C”) y la

³²³ Gaviria Díaz, Carlos. *La ruptura del monismo Kelseniano: a propósito de la norma fundamental* En: Hans Kelsen: Una teoría Pura del Derecho. Fuentes Contreras, Édgar Hernán. (coordinador). Ed.: Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá, 1ª Edición, Bogotá, 2010, p. 33

³²⁴ *Ibíd.*, p. 34

³²⁵ Palmier, Jean Michell. *La filosofía del derecho en Hegel*. Ed.: Fondo de Cultura Económica. 1977. México p. 95

³²⁶ Mejía Quintana, Oscar. *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*. Publicado en: Revista Pensamiento Jurídico (No. 16), Bogotá, D.C.: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (UNC), 2006 y en Humanitas (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León), 2006, p. 6

³²⁷ Gaviria Díaz, Carlos. *La ruptura del monismo Kelseniano: a propósito de la norma fundamental*. op.cit. p. 34-35

“vinculatoriedad relativa del precedente judicial” (demás sentencias), conforme se analizó previamente, es el relacionado al de la autoridad que ostentan las Altas Cortes. Así las cosas, conforme a lo que se ha planteado en precedencia, y siguiendo el razonamiento de ESCOTO ERÍGENA, no sería equivocado plantear que en el derecho colombiano muchos pretenden reemplazar la autoridad de Dios por la autoridad de las Altas Cortes, comoquiera que para muchos todo lo que dicen estas últimas, por el hecho de provenir de una autoridad, es lo que resulta correcto.

3.1.2. La reacción del positivismo jurídico mediante la creación del sistema de fuentes y su repercusión en la discusión sobre el precedente judicial

A lo anterior, KELSEN reacciona sosteniendo que se debe desprender y diferenciar los actos morales de los actos jurídicos, estos últimos representados en las normas jurídicas, que son en último el objeto de la ciencia jurídica³²⁸. El primer paso que da el Derecho Positivo para superar las deficiencias del Derecho Natural consiste en que todas las personas acepten que las normas han sido aprehendidas por la razón. KELSEN “considera dos condiciones *a priori* del conocimiento jurídico: la existencia de un sistema jurídico de estructura piramidal y (...) una norma fundamental fuente de validez de todo el sistema”³²⁹.

Vale la pena destacar que la norma fundamental es presupuesta³³⁰, hipotética, no pensada, no fundamentada, que no es fruto de la voluntad y, por tanto, que no tiene contenido material, lo cual se convertirá en el talón de Aquiles de su teoría, puesto que tal como lo pone de presente el profesor MEJÍA QUINTANA: “de qué manera una norma sin contenido material, puede, efectivamente, cumplir esas tareas que suponen, precisamente, definir con claridad un contenido sustantivo de la misma que posibilite la transformación de normas del ser en deber ser jurídico”³³¹.

³²⁸ Kelsen, Hans. *El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica*. En: Teoría Pura del Derecho. México: Porrúa. 1997 (1960), p. 201

³²⁹ Mejía Quintana, Oscar. La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación. op.cit., p.7

³³⁰ Kelsen, Hans. *El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica*. op.cit., p. 208

³³¹ Mejía Quintana, Oscar. El problema de la norma básica en Hans Kelsen. Aporías del positivismo y paradigmas postpositivistas de superación. En: Fuentes Contreras, Édgar Hernán. (coordinador). *Hans Kelsen: Una teoría Pura del Derecho*. op.cit., p. 158

Ante esta situación, HART propone una flexibilización de la separación tajante entre derecho y moral y niega la existencia exclusiva de normas respaldadas por amenazas, defendida por J. AUSTIN, proponiendo una reflexión sobre qué es, cómo funciona y qué debe ser el Derecho. Decir que una regla jurisprudencial es válida “es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema”³³². Entonces, surge la pregunta: ¿cuáles son los requisitos de la regla de reconocimiento? La respuesta parte del supuesto que dicha regla “no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas”³³³ y no está “presupuesta”, sino que es “fáctica”. Por lo tanto, se debe diferenciar entre la validez jurídica interna y externa³³⁴, esta última condicionada a la existencia de un observador externo³³⁵.

No obstante la importancia que conlleva la teoría de la norma fundante básica, concéntrese la atención en el sistema piramidal, acuñado originalmente por MERKL y retomado posteriormente por KELSEN, ya que en aquel se establece el sistema de fuentes que hoy por hoy es controvertido en razón al lugar que debe ocupar el precedente judicial en el derecho colombiano. Según este postulado, existe un sistema jerarquizado de fuentes, en cuya cúspide se encuentra la norma fundante básica y de la cual derivan toda su validez las demás normas jurídicas, dentro de las que se encuentran las normas particulares o sentencias emanadas por los jueces³³⁶.

El problema que se ha presentado en el derecho colombiano, conforme a la enunciación del debate esbozado en un acápite anterior, consiste en la ubicación que tiene el precedente jurisprudencial en dicha pirámide de fuentes. Unos sostienen que los pronunciamientos judiciales están al mismo nivel de la ley, mientras que otros afirman que están en un nivel inferior. Dentro

³³² Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Traducción de Génaro R. Carrio, título original: *the concept of the law*”, 1961, Buenos Aires, p. 129

³³³ *Ibíd.*, p. 133

³³⁴ “La existencia de un punto de vista externo supone la eficacia y legitimidad del sistema”. Mejía Quintana, Oscar. El problema de la norma básica en Hans Kelsen. Aporías del positivismo y paradigmas postpositivistas de superación. *En*: Fuentes Contreras, Édgar Hernán. (coordinador). Hans Kelsen: Una teoría Pura del Derecho. op.cit. p. 165

³³⁵ Mejía Quintana, Oscar. *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*, op.cit., p. 21

³³⁶ Gaviria Díaz, Carlos. *La ruptura del monismo Kelseniano: a propósito de la norma fundamental*. op.cit., p. 37

del primer grupo es dable ubicar a los defensores de la tesis a favor de la vinculatoriedad del precedente y en el segundo a sus opositores.

Ambas posturas resultan erradas porque el debate se encuentra mal planteado. En primer lugar, al pretender igualar el nivel de dos fuentes del derecho en la pirámide kelseniana, esto es, la ley y el precedente jurisprudencial –Tesis a favor de la vinculatoriedad-, se cae en la paradoja de que las mismas potencialmente sean contrarias, motivo por el cual, la idea de jerarquización desaparece. En efecto, al indagarse sobre la validez de una fuente sobre la otra, la respuesta de KELSEN será que, dependiendo del nivel jerárquico en la pirámide, una fuente primaria sobre la otra, lo cual pierde sentido si en un mismo nivel se ubican las dos.

En segundo lugar, tampoco resulta acertado sostener que la ley se encuentra por encima del precedente o viceversa –Tesis en contra de la vinculatoriedad-. En algunos casos la jurisprudencia resulta más acertada para atender aquellos problemas que la imperfecta ley no puede resolver apropiadamente; mientras que en otros tantos la jurisprudencia llega a ser tan específica que reduce el margen de apreciación del juez hasta tal punto que le impone una camisa de fuerza que lo convierte en un mero aplicador de jurisprudencia.

Corolario de lo anterior, se afirma que la discusión sobre el lugar que ocupa la jurisprudencia respecto a la ley en la pirámide kelseniana es un callejón sin salida. La ubicación de una sobre la otra o la equiparación de las mismas parecen ser propuestas insuficientes para las necesidades prácticas de los juristas. Razón por la cual, se propone replantear el sistema de fuentes en la forma piramidal como tradicionalmente se concibe y, en su lugar, reconocer que entre dichos insumos existen relaciones que no son jerárquicas (como lo pretendían los positivistas), sino que son dinámicas en un plano ideal de igualdad en el que las reglas procedimentales del discurso racional permiten establecer cuál debe prevalecer sobre la otra³³⁷.

³³⁷ Tradicionalmente se reconoce a esta opción como la “situación ideal del habla”. Al respecto: Habermas, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Trad.: Manuel Jiménez Redondo, 2ª ed, Madrid, ed.: Taurus Humanidades, p. 46. Disponible en: <https://zoonpolitikonmx.files.wordpress.com/2014/03/habermas-jurgen-teoria-de-la-accion-comunicativa-i.pdf> (6.03.2015)

Bajo este panorama, se concluye que al discutirse sobre la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial en clave de un sistema de fuentes en el contexto colombiano, claramente se ha llevado la discusión al plano del positivismo jurídico, del formalismo jurídico, de la dogmática tradicional, puesto que la pregunta se ha reducido, se insiste, en establecer qué lugar ocupa, en la pirámide jurídica colombiana, el precedente judicial. Dicho en otras palabras, tanto las tesis a favor como las tesis en contra de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial, mientras persistan en mantener la discusión en torno al sistema jerarquizado de fuentes, no superarán lo que con tanto ahínco se les ha criticado en este documento: la visión formalista, avalorada y simpatizante de la dogmática clásica.

3.1.3. El paradigma argumentativo en el Derecho

El profesor KAUFMANN sostiene que el paradigma argumentativo supera la dicotomía Derecho Natural y Derecho Positivo. Las razones son muchas y muy variadas. En este documento sólo interesa resaltar que, según el autor alemán, gracias a este paradigma se supera la visión de sistema cerrado, sin abandonar la búsqueda de la objetividad³³⁸. Ello adquiere especial relevancia porque ofrece la posibilidad de que las decisiones judiciales se funden en elementos extra – sistémicos, sin que por ello se caiga en arbitrariedad judicial. En lo que sigue se reconstruirá la importancia de la argumentación en las sentencias.

Durante la tradición liberal, en un evidente intento por desmonopolizar el poder que tradicionalmente había estado en cabeza del monarca, se afirmó que debían existir tres ramas del poder público: la legislativa, la judicial y la ejecutiva. A la primera se le encomendaba la importante labor de formular las leyes de la manera más general, clara, abstracta e inequívoca posible; a la segunda se le confiaba la aplicación de tales normas; y a la tercera la encargaba de la materialización y ejecución de las sentencias judiciales. Aquella idea fue abandonada durante el siglo XX porque, entre otras razones, se afirmó que el legislador no estaba en la capacidad de anticipar todos los casos que la vida práctica presentaba, ni los rápidos y cambiantes desarrollos sociales, por lo que resultó inaplazable el reconocimiento de que los jueces en los rotulados casos

³³⁸ Kaufmann, Arthur. *Derecho Natural y Positivo. Problema Histórico de la Filosofía del Derecho*. op.cit., p. 91-110

difíciles debían interpretar las leyes y, especialmente en casos de vacíos legales, debían llegar a crear el derecho aplicable³³⁹.

Dicha transición tuvo efectos de inimaginables proporciones. Por lo que aquí interesa, basta destacar que el reconocimiento creativo a la actividad judicial obligó a establecer unas reglas procedimentales que erradicaran cualquier posibilidad de arbitrariedad judicial. Así, entonces, se impuso la obligación de que los jueces justificaran racionalmente sus decisiones, indicando expresamente las razones por las que se inclinaban por una interpretación normativa y no por otra. En el caso colombiano, por ejemplo, la Corte Constitucional ha reiterado que la obligación de motivar las decisiones se fundamenta en la tarea propia de los jueces de aplicar los preceptos, principios y valores plasmados en la propia Carta y en las leyes³⁴⁰.

La carga de que los jueces justifiquen sus decisiones garantiza el debido proceso y permite que los superiores jerárquicos evalúen la razonabilidad de las mismas y, a partir de allí, realizar un control a la actividad del juez con el propósito de confirmar o revocar sus sentencias. Este criterio se acepta pacíficamente³⁴¹. Con todo, el deber de justificar las decisiones judiciales tiene un potencial que poco se ha explorado: permite la evaluación pública. En efecto, gracias a la justificación de las decisiones, la sociedad puede hacer un control de las decisiones de los funcionarios judiciales porque evalúa la razonabilidad de sus argumentos y los somete a debate público.

Precisamente, el paradigma argumentativo en el Derecho pretende establecer cuáles son las reglas que dan validez a la justificación de las decisiones. Así, lo primero que tradicionalmente se reconoce es que existen casos fáciles y casos difíciles. Los primeros no requieren de mayor

³³⁹ Feteris, Eveline T. *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Trad.: Alberto Supelano. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 28

³⁴⁰ Corte Constitucional del Colombia. *Sentencia T-259 de 2000*. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-259-00.htm> (7.03.15)

³⁴¹ Al respecto: Ticona Postigo, Victor. *La motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa*. Disponible en: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/50369f8046d487baa80ba944013c2be7/951a_motivaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=50369f8046d487baa80ba944013c2be7 (8.03.2015); el boletín de la Corte Constitucional de Guatemala de octubre de 2012, disponible en: <http://www.cc.gob.gt/DocumentosCC/InfoCC/Octubre2012.pdf> (8.03.2015)

justificación, porque se trata de un proceso lógico de subsunción en el que la conclusión (la sentencia) deriva consecuentemente de las premisas (la norma general y los hechos); mientras que los segundos sí, ya que en ellos la derivación lógica no parece del todo coherente, bien sea por la indeterminación del lenguaje o porque no existe una adecuación perfecta entre la premisa mayor y la premisa menor. Recordemos el ejemplo de la prohibición de ingresar gatos al sistema de transporte público. Un caso fácil se presentaría si una persona pretende ingresar con un felino de tales características: la respuesta es que no puede ingresar porque existe una norma general que lo prohíbe. Un caso difícil se daría si se pretende ingresar un gato de felpa: la respuesta no resulta sencilla porque no se sabe si la prohibición se extiende a los peluches con forma de gato. En el caso difícil, el operador jurídico deberá tomar una decisión y justificarla de la mejor manera posible, aduciendo las razones por las que permite o no el ingreso del gato de peluche.

En síntesis, la justificación de las decisiones adquiere una especial importancia en el campo jurídico porque, entre otras razones, parte del supuesto que el legislador y la ley son falibles, reconoce que la actividad del juez es creativa y, adicionalmente, permite realizar un control a la actividad jurídica por parte de otros jueces y de la sociedad en general. De allí que el paradigma argumentativo en el Derecho adquiera un protagónico papel, porque, se reitera, pretende establecer cuáles son las reglas que dan validez a dicha justificación.

3.2 El paradigma argumentativo y la decisión judicial

Tomando lo anterior como punto de partida, el paradigma diferencia a nivel de la decisión judicial entre: **a)** el contexto de descubrimiento relativo al procedimiento mediante el cual se llega a la decisión; **b)** el contexto de la justificación que se refiere al proceso a través del cual se elabora la argumentación³⁴²; **c)** y el contexto de la reconstrucción racional en el que se evalúa la justificación descrita en el punto **b)**³⁴³. Dentro del paradigma existen diferentes enfoques sobre la argumentación, destacándose el lógico, el retórico y el dialógico.

³⁴² Reinchenbach, Hans. *La Filosofía científica*. Trad.: Horacio Flores Sánchez. 2ª ed., México, ed.: Fondo de Cultura Económica, p. 225-258

³⁴³ Feteris, Eveline T. *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. op.cit., p. 33

El primer enfoque sostiene que lo importante es la validez formal como criterio de racionalidad de la argumentación jurídica. A la luz de dicho enfoque, la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión y, en ese sentido, la lógica se preocupa por la validez del procedimiento para llegar a la conclusión, mas no de la verdad o aceptabilidad de las premisas. La lógica, a su turno, varía según se trate de enunciados teóricos que se puedan calificar como verdaderos o falsos, o de enunciados normativos o de valor. Así, en el primer grupo es dable ubicar a la lógica silogística, lógica de proposiciones y la lógica de predicados; mientras que, en el segundo grupo se identifica a la lógica deóntica y la lógica dialógica³⁴⁴.

No se considera que este sea el espacio propicio para explicar cada una de las formas en las que se puede presentar la lógica. El propósito es destacar que la lógica no se reduce a la lógica silogística, como pareciera que lo consideran muchos de los juristas. De hecho, las dos últimas clases de lógica, la deóntica y la retórica, se caracterizan por configurar intentos de construir y comparar argumentos a favor de puntos de vista opuestos, tal como acontece en el proceso judicial en el que se encuentran en disputa dos partes opuestas. En este documento se acepta la postura de ALEXY, según la cual, en el contexto de justificación de las decisiones judiciales –y no en el contexto de toma de decisiones-, la lógica representa un importante aporte al Derecho, lo cual no garantiza la veracidad de las conclusiones porque, como se dijo previamente, la lógica se preocupa por la validez del procedimiento para llegar a la conclusión, mas no de la verdad o aceptabilidad de las premisas³⁴⁵. De allí la importancia de complementar este enfoque con los otros dos.

El segundo enfoque, el retórico, defiende la idea según la cual, lo más importante en la argumentación jurídica es el contenido de las razones que se esbozan y los aspectos de aceptabilidad de las mismas, las cuales varían según el contexto en el que se planteen. La retórica está basada sobre la idea de lo razonable³⁴⁶. En este enfoque la aceptabilidad de la argumentación depende de la efectividad de la argumentación para la audiencia a la que se dirige, por lo que se

³⁴⁴ *Ibíd.*, p. 62-67

³⁴⁵ *Ibíd.*, p. 69-75

³⁴⁶ Moral Soriano, Leonor. *El precedente judicial*. op.cit., p.: 43-60

analizan las técnicas discursivas que permiten provocar la adhesión o el acuerdo de mentes a las tesis que se han presentado a su asentimiento³⁴⁷.

El tercer enfoque, el dialógico, emprende una comprensión de la argumentación jurídica desde la óptica de un “procedimiento de discusión en el que se defiende una posición jurídica de acuerdo con ciertas reglas de la discusión racional”. El punto de partida consiste en que la argumentación jurídica constituye una forma de comunicación racional que procura captar adeptos para otorgar legitimidad a las sentencias judiciales. Por lo tanto, las razones que plasman los jueces son consideradas como partes integrantes de un diálogo que debe satisfacer determinados requisitos formales y sustanciales para arribar al consenso³⁴⁸, a saber:

El principal requisito formal del discurso racional sería aquello que HABERMAS denomina como la situación del discurso ideal, que se da cuando los factores externos (poder, pobreza, status, etc.) no impiden que los participantes intervengan en la discusión en un plano de total igualdad, lo que les permitiría elegir y realizar las acciones discursivas cabalmente. “Sólo se puede considerar que un enunciado es un enunciado verdadero racionalmente fundamentado si todos los interlocutores potenciales pueden llegar a un acuerdo –consenso- sobre ese enunciado en una discusión que cumpla las condiciones de la situación ideal del discurso”³⁴⁹. Las condiciones que se deben satisfacer para llegar al discurso ideal, independientemente de que sea teórico o práctico, serían: **1)** Todo el que puede hablar puede participar del discurso; **2)** a) Todos pueden cuestionar cualquier aseveración, b) Todos pueden hacer aseveraciones en el discurso y c) Todos puede expresar sus actitudes, deseos y necesidades; y **3)**. No se puede impedir que ningún hablante ejerza las condiciones en 1 y 2 mediante ningún tipo de coerción interna o externa al discurso³⁵⁰.

Por su parte, los requisitos sustanciales de la argumentación se clasifican según niveles. En el primer estanco está *el nivel lógico* como producto, el cual procura una estructura lógica

³⁴⁷ Feteris, Eveline T. *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. op.cit., p. 44

³⁴⁸ *Ibíd.*, p. 48-49

³⁴⁹ *Ibíd.*, p. 110-111

³⁵⁰ Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. op.cit., p. 46 y s.s. Disponible en: <https://zoonpolitikonmx.files.wordpress.com/2014/03/habermas-jurgen-teoria-de-la-accion-comunicativa-i.pdf> (6.03.2015)

específica que supone que cualquier interlocutor, incluido el juez, debe respetar las normas de la semántica y la lógica formal para que su discurso pueda ser aprehendido y compartido por otros. Dichas reglas serían: *a)* Consistencia lógica: Ningún hablante se puede contradecir a sí mismo, *b)* Universalidad: Todo hablante que aplique un predicado “F” a un objeto “A” debe aplicar “F” a todo objeto que sea similar a “A” en los aspectos relevantes y *c)* Uso consistente de las expresiones: Los diferentes hablantes no pueden usar la misma expresión con significados diferentes³⁵¹.

En segundo lugar se encuentra *el nivel dialéctico* de la argumentación como procedimiento. La justificación de las decisiones judiciales es parte de un todo. La unidad genérica es un proceso de discusión mediante el que los participantes, que por lo general ostentan posturas opuestas, tratan de llegar a un consenso o acuerdo. En el marco de tal procedimiento, se presuponen elementos pragmáticos de la búsqueda común de la verdad. Dichos presupuestos, formulados como reglas serían los siguientes: *a)* Sinceridad de los participantes: Todo hablante puede afirmar únicamente aquello en lo que realmente cree y *b)* Relevancia de las contribuciones a la discusión: quien ataque una afirmación o una norma que no constituye el tema de discusión debe dar una razón para atacarla³⁵².

En tercer lugar está *el nivel retórico* de la argumentación como proceso. La argumentación es un proceso de comunicación en el que todas las personas tienen derecho a opinar en un plano de igualdad y ninguna coacción. En este nivel se reproducen las reglas formales relativas a la situación del discurso ideal.

Aunque las anteriores reglas están diseñadas para cualquier relación comunicacional, las mismas adquieren una especial connotación en el campo legal. En efecto, producto de la influencia del primer Wittgenstein, se ha sostenido que el Derecho constituye una forma de uso del lenguaje, tal como se evidencia con el paradigma argumentativo del derecho, de acuerdo con el cual, “el nervio de la aplicación del Derecho no radica en la lógica sustantiva de la decisión, sino en la lógica argumental del discurso, de forma que cualquier posición jurídica es justificable siempre

³⁵¹ Feteris, Eveline T. *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. op.cit., p. 112

³⁵² *Ibíd.*, p. 113

que sea posible articularla dialécticamente mediante la expresión de argumentos que soporten la confrontación dialéctica con los argumentos encontrados, de la cual surge, renunciando a la verdad substancial, la verdad argumental o tópica³⁵³.

Además, las discusiones legales facilitan la consecución del consenso porque son institucionalizadas, deben concluir en un tiempo razonable y se agotan con una decisión por parte de un juez imparcial y neutral que ha tenido en cuenta las razones de contrapartes que, se supone, actúan en un plano de igualdad. Así pues, el Derecho institucionaliza y limita la discusión práctica de cuatro maneras: *a*) Metódicamente: Existe la obligación de atender una ley válida –producto de un consenso–, *b*) Materialmente: El tema se puede discutir y hay división de la carga de la prueba, *c*) Socialmente: Se presentan posibilidades para la participación y la división de funciones y, finalmente, *d*) Temporalmente: la decisión se adopta en un límite de tiempo razonable³⁵⁴.

Así las cosas, la legitimidad del Derecho depende de la racionalidad procedimental de las decisiones judiciales, las cuales no pueden obedecer al libre arbitrio del operador jurídico, sino que deben atender los requisitos de racionalidad procedimentales formales y sustanciales para llegar a una decisión consensual. Hacia esa finalidad última debe enmarcarse el estudio del precedente jurisprudencial en Colombia.

3.3. La decisión judicial argumentativa y la democracia deliberativa: El retorno del Derecho a la realidad

La aplicación del Derecho ha estado tradicionalmente ligada a una concepción particular de forma de organización política. Al respecto, vale la pena traer a colación un texto trascendental en la teoría jurídica moderna: *el Derecho dúctil* del profesor ZAGRABELSKY. En aquella obra, el autor analiza la evolución de la ley en las diversas acepciones de Estado, diferenciando el

³⁵³ Xiol Rios, Juan Antonio. *Notas sobre la jurisprudencia*. En: El carácter vinculante de la jurisprudencia. op.cit., p. 95-96

³⁵⁴ Feteris, Eveline T. *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. op.cit., p. 117

tratamiento de la misma en el Estado de Derecho, en el Estado Liberal de Derecho y en el Estado Constitucional.

El Estado de derecho, refiere el autor italiano, es una forma de gobierno dado por la razón en el que lo más importante es el respeto a la ley, independientemente de su contenido. En consecuencia, la ley se presentaba de manera avalorada y podía estar al servicio de cualquier gobierno: la ley podía servir de fundamento para un régimen capitalista o un régimen comunista. En ese sentido se entiende que se pasó de la autoridad del monarca a la autoridad de la ley³⁵⁵.

El Estado liberal de derecho, por su parte, es definido como aquel que reconoce a la ley y a los principios de libertad e igualdad como limitantes y fundamento del actuar de la administración y de los particulares. En este modelo se debe respetar, de un lado, el postulado de que los particulares pueden hacer todo aquello que no les prohíba la ley y, del otro lado, aquel que enseña que la administración sólo puede hacer aquello que le autoriza las normas³⁵⁶. Así mismo, se debe respetar que la ley sea general y abstracta para materializar cierta equidad en el tratamiento de los particulares por parte del Estado, ello también como concreción del principio de separación de poderes³⁵⁷. Se infiere, entonces, que en este modelo la ley no es avalorada como sí sucedía en el Estado de derecho (por lo menos en su fase de promulgación), pues debe respetar las conquistas propias de las revoluciones liberales: la libertad y la igualdad.

Empero, ambas formas del Estado de Derecho, tanto la tradicional como la liberal, se caracterizaron por una defensa del método deductivo al momento de aplicar la ley. El principio de legalidad, en ese sentido histórico, acuñó la frase: “los jueces son la boca de la ley”, trayendo consigo la aplicación ampliamente aceptada del formalismo jurídico.

Dado el contexto político en el cual se desenvuelve el mundo, continúa el profesor italiano, la idea de la supremacía legal ha desaparecido. En su sentir, el principio de legalidad funcionó adecuadamente mientras representó los intereses de quien detentaba el poder político, es decir,

³⁵⁵ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Ed.: Trotta, Traducción de Marina Gascón. Título original: *Il Diritto mite. Leggediritto giustizia*. 6ª ed., Madrid, 2005, p. 23

³⁵⁶ *Ibíd.*, p. 27

³⁵⁷ *Ibíd.*, p. 29

un grupo social elitista y monopolizador del poder identificado como la clase dirigente. Empero, una vez las sociedades modernas comenzaron a reconocer que dicho poder político no estaba en cabeza de las personas que representaban a la sociedad, pues se había llegado a la “contractualización de la ley”³⁵⁸, sino en la sociedad misma, la cual evidencia una gran cantidad de pluralismo, era menester que la ley fuese respetuosa de un verdadero pacto social general y en preferencia procedimental³⁵⁹, que fuese “inclusiva de integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo”³⁶⁰. Nace allí el Estado Constitucional.

El **Estado constitucional** se desarrolla sobre la idea de pluralismo y, por consiguiente, es enemigo de cualquier ideal de imposición por la fuerza. En ese sentido se requiere que cada principio y cada valor no sean entendidos de manera absoluta, pues lo ideal es garantizar la vigencia de muchos valores, que, aunque pueden ser contradictorios, no por ello dejan de ser deseables en la práctica, “mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan al desarrollo de los principios”³⁶¹.

Una vez presentados a grandes rasgos sus puntos de partida, el profesor ZAGRABELSKY concluye que el principio de legalidad, máxima conquista del Estado de derecho, ha mutado para poner el pacto social, materializado en una Constitución abierta y pluralista, por encima de la ley. Este cambio de concepción, debido a la naturaleza del poder político pluralista que inspira la Carta Política, conlleva a que el Derecho sea observado como un instrumento versátil que se utiliza en la búsqueda de los valores sociales y en el significado de justicia que se desprende del análisis de cada caso en concreto. Allí emerge la concepción del derecho dúctil.

Recapitulando lo hasta aquí dicho, debe destacarse que la adopción del formalismo jurídico obedeció a un fenómeno histórico, político, social y jurídico determinado, pues la materialización del principio de legalidad no fue cosa diferente que el reconocimiento de la soberanía de la voluntad popular representada en la ley, razón por la cual, en la lógica de pesos y

³⁵⁸ *Ibíd.*, p. 37

³⁵⁹ Estévez Araujo, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. 1ª Ed., Madrid, Ed.: Trotta, 1994, p.41-89

³⁶⁰ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. op.cit., p. 15

³⁶¹ *Ibíd.*, p. 16

contrapesos, la interpretación jurídica no era otra cosa que la aplicación silogística de aquella, por lo menos en aquellos casos que se denominaban como casos fáciles.

Una vez se determina que la democracia representativa no acoge todas las demandas y necesidades sociales, comoquiera que la sociedad pluralista empieza a demandar mayor inclusión y participación -por lo que se conforma una Constitución procedimental-, se evidencia que no es dable previamente establecer cuáles son los valores que deben regir a una sociedad a manera de reglas. La primera solución que se planteó estuvo liderada por DWORKIN, quien afirmó la necesidad de llegar a una única respuesta correcta a partir de la aplicación de los principios mediante el ejercicio de ponderación en cada caso en concreto³⁶². La segunda solución, menos sustancial y más procedimental que la del recientemente fallecido profesor norteamericano, es la que sostiene autores como MICHELMAN, quien afirma que, la teoría de la única respuesta correcta carece de un elemento central: el diálogo³⁶³.

Acá se adopta la segunda solución porque se considera que ésta tiene importantes ventajas sobre la primera. En primer lugar, la tesis dialógica reconoce un papel más democrático a la judicatura que el que se predicaría si los jueces establecieran de forma privada y enclaustrados en sus Despachos cuáles son los principios morales que deben prevalecer en cada caso. En segundo lugar, la tesis de la única respuesta correcta ratifica una separación entre el mundo del Derecho y el mundo de la vida, puesto que los funcionarios se configurarían como una élite superior rezagada de las necesidades cambiantes de la sociedad³⁶⁴.

Siendo lo anterior plausible, y recogiendo los aportes del paradigma argumentativo, no queda otra opción que afirmar la necesidad de que la decisión judicial se funde en el diálogo y, por ende, en el modelo de la democracia deliberativa para que sus respuestas sean lo más consensuales posibles. Al respecto, el profesor XIOL RÍOS, reflexionando sobre el papel del

³⁶² Arango, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* 1ª ed., Bogotá, ed.: Siglo del Hombre Editores, 1999, p. 136-147

³⁶³ Citado en: Xiol Rios, Juan Antonio. *Notas sobre la jurisprudencia*. En: El carácter vinculante de la jurisprudencia, op.cit., p. 97

³⁶⁴ Velasco, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*. 1ª ed., Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000, p.: 1-7. Disponible en: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/71067/5/TDD%20-%20texto%20completo%20introducci%20c3%b3n.pdf> (10.3.15)

precedente jurisprudencial, afirmó que la aceptación del lenguaje como paradigma por parte del Derecho, otorgó a este último una cercanía innegable con la democracia deliberativa³⁶⁵.

3.5. La democracia deliberativa y el precedente judicial en la “nueva concepción dogmática”: influencia de la filosofía política

3.5.1. Características de la democracia deliberativa

Definir en qué consiste la democracia deliberativa no resulta una tarea sencilla. Al respecto existen una gran cantidad de teorías y de pensadores que toman en cuenta los más variados elementos³⁶⁶. No obstante, ELSTER ha reseñado que todas las teorías coinciden en afirmar que “el concepto incluye la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes: esta es la parte democrática. Todas, asimismo, concuerdan en que incluyen la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos *por y para* los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad: esta es la parte deliberativa”³⁶⁷. Este último aspecto, el de la deliberación, sin lugar a dudas, es el que mayor controversia genera en el seno de los autores, ya que, mientras algunos creen que el mismo hace parte del resultado, otros opinan que hace parte del proceso de toma de decisiones.

En el campo de la filosofía política contemporánea se ha considerado que la toma de decisiones políticas debe ser un procedimiento democrático y deliberativo, pues solo así se garantiza la legitimidad de las mismas³⁶⁸. En efecto, desde que BESSETTE acuñó el término en 1980, se ha considerado que con la deliberación se logra materializar imparcialidad en las decisiones

³⁶⁵ Xiol Rios, Juan Antonio. *Notas sobre la jurisprudencia*. En: El carácter vinculante de la jurisprudencia. op.cit., p. 96-98

³⁶⁶ Al respecto: Stokes, Susan. *Patologías de la deliberación*. En: Elster, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, 1ª ed., Barcelona, Ed.: Gedisa, 2001, p. 161-179

³⁶⁷ Elster, Jon. *La democracia deliberativa*. 1ª ed., Barcelona, Ed.: Gedisa, 2001, p. 21

³⁶⁸ García Jaramillo, Leonardo. Presentación a: *La democracia deliberativa a debate* En: Cuadernos de Investigación. Ed.: Universidad EAFIT. Cuaderno de investigación No 85. Colección Bibliográfica – Enero de 2011. Medellín, p. 12

políticas, respeto por la oposición, honra del control político y, adicionalmente, se aboga por la participación de amplios sectores sociales³⁶⁹.

No obstante la postura favorable hacia la democracia deliberativa, esta también ha sido objeto de sendas críticas. Una de ellas se deriva de la dicotomía deliberar y votar³⁷⁰. A la égida de tal postura, se sostiene que la democracia deliberativa presenta patologías que la dejan en el campo de la utopía. La democracia deliberativa no es el mejor mecanismo para la toma de decisiones, puesto que si hay mayor deliberación, entonces concurrirá menor votación y viceversa. Ante tan importante crítica a la toma de decisiones políticas, vale la pena cuestionar si la misma aplicaría en materia de decisiones judiciales, ya que, al parecer, la democracia deliberativa sería un ideal realizable en pequeñas esferas, como acontece, por ejemplo, en los tribunales³⁷¹.

3.5.2 La democracia deliberativa en las decisiones judiciales

Si bien es cierto que la adopción de la democracia deliberativa se considera un avance en el campo de la filosofía política, en esta tesis se sostiene que la misma ofrece importantes elementos que, de manera general, también pueden ser adoptados para la decisión judicial y, de manera particular, para la concepción del precedente judicial. La relación democracia y decisión judicial fue vislumbrada por HABERMAS en el texto *Facticidad y validez*, particularmente en los capítulos VI y VII de su obra, en los que buscó la reconciliación del mundo del derecho con el mundo de la vida.

En la concepción de democracia liberal, la legitimidad normativa derivaba de las decisiones adoptadas por un parlamento elegido mayoritariamente en el marco de elecciones libres, iguales y secretas. De allí que se sostenía que en este modelo la validez del derecho dependía de la voluntad de los sujetos o, lo que es lo mismo, de una visión positiva que consideraba como Derecho sólo al material proveniente del cuerpo legislativo. “La validez de las normas que el

³⁶⁹ *Ibíd.*, p. 15

³⁷⁰ Urfaline, Phillipe. *La décision fut elle jamais un objet sociologique*. Texte provisoire. Consultado en: <http://cespra.ehess.fr/docannexe/fichier/545/D%C3%A9cision.pdf> (12.5.14.)

³⁷¹ Pasquino, Pasquale. *Voter et délibérer*. En: *Revue Européenne des Sciences Sociales*. Tome XLV-(136) 2007. *European journal of social sciences*, p. 35-45

hombre particular acepta, viene generada por él mismo a través de su propio asentimiento”³⁷². No obstante, cuando la ley afecta a ciertas minorías, aparece una contingencia que obliga a buscar una explicación “racional con arreglo a fines” que justifique porqué una disposición normativa resulta válida³⁷³. En ese sentido, el hecho que las mayorías adopten una u otra decisión no es garantía de legitimidad normativa, porque dicha legitimidad deriva de la “explicación racional con arreglo a fines”, mas no de un aspecto numérico de seguidores. Sólo así se evita la tiranía de las mayorías³⁷⁴. Así mismo, las decisiones jurídicas derivan su legitimidad de la “explicación racional con arreglo a fines”, mas no de las exigencias idealizadoras que tradicionalmente han dominado el campo del derecho (en este punto emprende una crítica a la postura de DWORKIN)³⁷⁵.

La mencionada explicación racional sólo se adquiere en la medida que se reconozca la importancia del diálogo en la toma de decisiones judiciales. En una reciente publicación, cuyo coordinador fue el profesor GARGARELLA, varios autores reflexionaron en torno a la justicia dialógica, afirmando la importancia de ésta como legitimadora de la toma de decisiones, especialmente de aquellas que se dan en el plano constitucional. El centro de la discusión consistía en indagar el porqué el control de constitucionalidad de las leyes estaba en cabeza de los jueces, el porqué los jueces ostentaban la “última palabra” sobre muchos asuntos jurídicos y, finalmente, qué acciones se podían emprender para que sus decisiones fueran lo más racionales discursivamente hablando³⁷⁶. A lo largo del texto se encuentran interesantes investigaciones sobre la experiencia dialógica en los Estados contemporáneos. Así, por ejemplo, se destaca el caso canadiense con su cláusula del “no obstante”³⁷⁷, el nuevo modelo constitucional del “common wealth”, la existencia de la consulta previa en casos de afectación a pueblos indígenas

³⁷² Becker, W. *La libertad que queremos*. Citado en: Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trad.: Manuel Jiménez Redondo, 4ª ed., Madrid, ed.: Trotta, 2001, p. 367

³⁷³ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trad.: Manuel Jiménez Redondo, 4ª ed., Madrid, ed.: Trotta, 2001, p. 368

³⁷⁴ *Ibíd.*, p. 369-379

³⁷⁵ *Ibíd.*, p. 327

³⁷⁶ Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1ª ed., Buenos Aires, ed.: Siglo veintiuno editores, 2014, p. 9-13

³⁷⁷ Hogg, Peter W. Bushell, Allison A. *el diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo)*. En: Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica*. op.cit., p. 17-49

y la práctica de algunos tribunales constitucionales de citar a audiencias públicas y hacer seguimiento al cumplimiento de sus fallos en asunto de especial relevancia³⁷⁸.

Con todo, lo que interesa destacar acá es la reflexión en cuanto a la relación diálogo, democracia deliberativa y precedente judicial. El punto de partida es claro: las sentencias judiciales se legitiman en la medida que sean producto de un diálogo inclusivo, al que se llega sólo si los participantes actúan en un plano material de igualdad, es decir, si se presentan en la situación ideal del discurso que permite a cada uno de ellos disentir o refutar lo que se dice. Más allá de que la Corte Constitucional emita sentencias de tipo “última palabra”, lo que se procura es que ésta procure emitir providencias consensuales producto del diálogo³⁷⁹.

A propósito de esta última aspiración, el profesor HÜBNER MENDES indica que el debate teórico sobre las sentencias de constitucionalidad de las leyes ha girado en torno a “¿Quién debería tener la “última palabra” respecto de la interpretación de la Constitución en el marco de una democracia?”³⁸⁰. Al igual que el autor atrás referenciado, se considera que en dichos términos el debate se encuentra mal planteado, porque presenta una dicotomía que no resulta satisfactoria: ¿los jueces o el parlamento?. Desde la óptica de la tesis que aquí se defiende, la alternativa para superar la distinción binaria entre jueces y parlamento o, lo que es lo mismo, entre rama judicial y rama legislativa, la constituye la teoría dialógica. Sólo en la medida que las decisiones judiciales sean producto de un proceso dialógico llegan a ser legítimas. La tesis del híbrido entre democracia deliberativa y precedente jurisprudencial no se reduce solamente a las providencias que son producto del control de constitucionalidad de las leyes, sino que abarca al precedente jurisprudencial en general.

3.5.3. Precedente jurisprudencial y democracia deliberativa: la nueva dogmática

Previamente se ha advertido al lector sobre la necesidad de superar el estado de la cuestión colombiano entorno al precedente jurisprudencial. Ahora corresponde ratificar tal postura con

³⁷⁸ Gargarella, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos*. En: Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica*. op.cit., p. 119-158

³⁷⁹ *Ibíd.*, p. 124-126

³⁸⁰ Hübner Mendes, Conrado. *Una división de poderes deliberativa: entre el dialogo y la última palabra*. En: Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica*. op.cit., p. 159

una propuesta dogmática coherente con el marco teórico que aquí se adoptó: la teoría de la democracia deliberativa. La pregunta que se intentará satisfacer es ¿Cómo articular la “nueva dogmática”, la “democracia deliberativa” y el “precedente jurisprudencial”? La respuesta no parece sencilla a primera vista. Sin embargo, si el lector ha seguido la lógica propuesta en este documento, comprenderá que la solución se encuentra en la plausibilidad de los avances que han alcanzado la teoría jurídica y la filosofía política contemporánea.

Así, en primer término, será necesario reconocer que el precedente jurisprudencial debe separarse de la idea tradicional formalista de las fuentes del derecho. Los precedentes, a la égida de la “nueva dogmática” –que permite el contacto con otras disciplinas como, por ejemplo, la filosofía política–, son argumentos, criterios, buenas razones; que necesariamente deben ser tenidos en cuenta por todo funcionario judicial al momento de la toma de decisiones, sin que ello signifique su seguimiento a ciegas.

En segundo lugar, a la luz de la “nueva dogmática”, se debe reconocer que el proceso de toma de decisiones por parte del juez configura un acto de democracia deliberativa y, en ese sentido, los elementos que se adopten para la producción de sentencias no pueden poseer autoridad unos sobre otros. Es decir, la ley no es más importante que la jurisprudencia ni viceversa. Por el contrario, se debe promover un constante diálogo que en el campo del precedente jurisprudencial se da en el nivel externo y en el nivel interno.

El nivel externo del diálogo del precedente jurisprudencial es aquel que se configura entre las distintas ramas del poder público. En este estanco se promueve una interacción que garantice que las decisiones judiciales sean lo más incluyentes posibles con relación al poder legislativo y al poder ejecutivo. Allí adquiere especial protagonismo la experiencia canadiense, en la que a partir de la inclusión de algunos artículos constitucionales que arrebatan la “última palabra” a la Corte, el Parlamento ha adquirido herramientas que le permiten cuestionar la doctrina constitucional para insistir en sus iniciativas legislativas, bien sea a través de la modificación o de la aclaración conforme a las directrices dadas por el Tribunal Constitucional³⁸¹.

³⁸¹ Hogg, Peter W. Bushell, Allison A. *el diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo)*. En: Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica*. op.cit., p. 17-49

Pero el diálogo no se reduce a la relación entre ramas del poder público. Además de esa relación, el juez interactúa con sus superiores y con las partes e intervinientes del proceso judicial. A este nivel se le reconoce como *el nivel interno del diálogo del precedente jurisprudencial*. Allí, el Funcionario judicial construye sentencias que tienen en cuenta los argumentos de las partes en confrontación y fallos dictados en precedencia por sus superiores, pero que, precisamente por el hecho de ser un diálogo, no necesariamente deben ser aplicados por el juez.

En ninguna de esas relaciones puede concluirse que algún estamento posea “la última palabra”. En todas ellas debe existir diálogo, lo que presupone una situación ideal del discurso en que los participantes actúen en plano de igualdad. En ningún momento los precedentes deberían configurarse como un insumo con autoridad. A pesar de lo interesante que resulta el nivel externo del diálogo, en esta oportunidad sólo interesa mencionar los efectos prácticos al nivel interno.

Previamente se presentaron algunas reglas procedimentales del discurso racional de HABERMAS, que aplicadas al precedente judicial en el nivel interno funcionarían así:

En primer lugar, “todo el que puede hablar puede participar del discurso”, ello significa que la discusión está abierta a todas las personas que consideren que potencialmente pueden estar afectadas con la decisión judicial. En el caso de precedente judicial deliberativo emanado por la Altas Cortes dicha regla se aplicaría en dos sentidos: *a)* la garantía procesal de las partes a ser escuchas en juicio y *b)* la posibilidad de discutir previamente la decisión con otros jueces, ya que finalmente serán ellos quienes posteriormente deberán tenerlas en cuenta. En la medida que se respeten los dos procedimientos se afirmará que la decisión es incluyente.

Pero no basta con la inclusión de los interesados y de otros jueces, ya que además de permitir la participación, ésta debe ostentar ciertos atributos. Así, en segundo lugar, debe garantizarse que *a)* todos puedan cuestionar cualquier aseveración, *b)* que todos puedan hacer aseveraciones en el discurso y *c)* que todos puedan expresar sus actitudes, deseos y necesidades. En el fondo, de lo

que se trata es de permitir que se actúe en un plano real de igualdad, efecto para el cual, no se puede permitir que algún hablante ejerza algún tipo de coerción interna o externa al discurso³⁸².

Las tesis colombianas en torno al precedente jurisprudencial están lejos de alcanzar la situación ideal del discurso. Aunque se reconoce que la teoría de la “vinculatoriedad relativa del precedente jurisprudencial” constituye un avance por cuanto abre las puertas al diálogo de la Altas Cortes con los jueces de inferior jerarquía, al permitir que estos últimos se puedan apartar del precedente si exponen argumentos razonables; lo cierto es que mientras exista un modelo orgánico en la administración de justicia en el que los superiores califican cualitativamente a sus inferiores, será muy difícil que se plantee la situación ideal que menciona HABERMAS³⁸³. Evidentemente la carrera judicial configura un mecanismo de coerción que impide el diálogo en condiciones de igualdad. El interés de agradar al superior jerárquico se sobrepone a la racionalidad de la decisión del inferior. Los jueces de inferior jerarquía no deberían aplicar el precedente por el temor a ser disciplinados, sino que lo deberían hacer por su convicción íntima por la legitimidad de la decisión.

Así pues, producto de los avances de la filosofía política y de la teoría jurídica, se concluye que la mejor forma de comprender el precedente jurisprudencial es ligar su estudio al campo de su legitimidad, lo cual se garantiza en la medida que se observe el modelo procedimental de la democracia deliberativa. En el ordenamiento jurídico colombiano, antes de reproducir la tesis de la “vinculatoriedad relativa del precedente judicial”, se debe proponer un cambio a la relación Altas Cortes – Jueces de inferior jerarquía, porque aspectos como, por ejemplo, la carrera judicial, las decisiones a puerta cerrada, la imposición de precedentes con “autoridad”; configuran escenarios de coerción que dificultan la materialización de la situación ideal del discurso.

Una vez alcanzada la situación ideal del discurso, las “técnicas legítimas para desconocer el precedente jurisprudencial” se convertirán en verdaderos elementos de diálogo entre las Altas

³⁸² Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. op.cit., p. 46 y s.s. Disponible en: <https://zoonpolitikonmx.files.wordpress.com/2014/03/habermas-jurgen-teoria-de-la-accion-comunicativa-i.pdf> (6.03.2015)

³⁸³ Ferreres Comella, Víctor. *Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia*. op.cit., p. 52

Cortes y los demás jueces. Ello permitirá que las sentencias entren en una verdadera dinámica de deliberación que a la postre arrojará a decisiones más racionales e incluyentes. Consecuentemente, las Altas Corporaciones no emitirán decisiones con autoridad que se impongan en el ordenamiento jurídico, sino que elevarán argumentos producto de un amplio proceso de discusión colectiva. De allí que los precedentes jurisprudenciales necesariamente deben ser tenidos en cuenta en casos posteriores por los demás jueces, pues de no ser así, las decisiones emitidas por los tribunales de instancia no resultarían legítimas en cuanto no incluyen los argumentos de un participante del diálogo: las Altas Cortes.

4. CONCLUSIÓN

Después de haber presentado las grandes tesis que influyen el pensamiento jurídico colombiano en torno al precedente jurisprudencial, en este último acápite se ha tratado de proponer una alternativa que supere, en la mayor medida de lo posible, las insuficiencias de cada una de las tesis esbozadas a lo largo de la investigación. Principalmente se ha procurado rescatar la importancia de la legitimidad del precedente, pues se considera que el estudio limitado al aspecto “formal” de la validez lo encasilla en la dogmática clásica.

En esa medida, se acaba de diferenciar entre una “dogmática clásica” del precedente y una “nueva dogmática” autoproclamada como “dogmática deliberativa” del mismo. A grandes rasgos, la primera guarda relación con una visión técnica en la que se procura la descripción del derecho mediante la sistematización de normas, mientras que la segunda busca la mencionada descripción con la inclusión y valoración de aspectos externos a la ciencia jurídica. Así pues, partiendo del supuesto que tanto las tesis a favor como las tesis en contra de la vinculatoriedad del precedente resultan profundamente “formalistas” y avaloradas, adscritas a la dogmática clásica, se considera pertinente repensar el precedente desde un paradigma que permita la interdisciplinariedad del Derecho

Por lo tanto, desde la perspectiva de esta tesis, resulta imperioso reformular la tensión entre simpatizantes y contradictores de la vinculatoriedad del precedente judicial. El paradigma a rechazar es el de la dogmática clásica y, en su lugar, debe adoptarse la “nueva dogmática” que

reconoce la importancia del Derecho en un sentido amplio, ya que dialoga con los avances de otras ciencias. En este documento se ha optado por retomar los progresos de la filosofía política, particularmente aquellos relacionados con la democracia deliberativa, por lo que se habla de una “dogmática deliberativa”.

Como consecuencia de lo anterior, se sugiere superar la discusión del precedente en clave de las fuentes del derecho: lo importante no es la ubicación del precedente en la pirámide Kelseniana, puesto que existirán casos en los que resulta más conveniente reinterpretar la ley y otros tantos en los que lo ideal será seguir el precedente de las Altas Cortes para materializar en mejor medida la aspiración de justicia. Al respecto, se realizó una somera reconstrucción de la discusión entre derecho natural y derecho positivo, a partir de la cual se concluyó que el sistema de fuentes del derecho obedecía a una necesidad coyuntural que actualmente debía ser superada.

La necesidad de superar el modelo jerarquizado de las fuentes del derecho en la ciencia jurídica obedece a que éste no siempre garantiza respuestas justas, pues, se recuerda, al configurarse como “formalista” y “avalorado”, sirve de justificación para cualquier ideología. Razón por la cual, con el propósito de superar las arbitrariedades a las que podía arrojar el iusnaturalismo y las injusticias del iuspositivismo, aparece en escena una tercera opción: el paradigma argumentativo del Derecho.

A la égida de la teoría argumentativa, la indeterminación del lenguaje y la pretensión de respuestas justas son factores que impiden que la decisión judicial pueda llegar a ser calificada como verdadera o falsa, lo cual no significa que deba ser abandonado cualquier intento de estudio sistemático de aquella. Por el contrario, el reconocimiento de la imperfección normativa, conduce a que los juristas no indaguen sobre las respuestas correctas sino sobre las respuestas razonables y, por consiguiente, produce un cambio en el objeto de estudio por cuanto se pasa del análisis de las fuentes del derecho al análisis de la justificación de las decisiones judiciales.

La justificación de las decisiones judiciales no es un asunto de poca monta. El hecho que los Funcionarios judiciales justifiquen sus decisiones materializa el debido proceso y permite la evaluación de las decisiones por parte de sus superiores y de la sociedad en general. Debido a la

importancia de la justificación de las decisiones, el paradigma argumentativo tratará de dar cuenta de cuál es el mejor método para evaluar la razonabilidad de los argumentos que se esbozan.

Al respecto se mencionaron algunas reglas procedimentales que garantizaban la racionalidad discursiva. Particularmente se trajeron a colación las reglas que HABERMAS y ALEXY retoman para la búsqueda de la legitimidad de las decisiones judiciales, dentro de las que se destacan la búsqueda de la “situación del discurso ideal” y el respeto por los niveles de argumentación “lógico”, “dialéctico” y “retórico”. En ese sentido, la legitimidad de las decisiones judiciales depende de la racionalidad procedimental con la que se adopten. Las decisiones deben atender los requisitos de racionalidad procedimentales formales y sustanciales para llegar a una decisión consensual. Hacia dicha finalidad última debe enmarcarse el estudio del precedente jurisprudencial en Colombia.

Corolario de lo anterior, la teoría argumentativa se encuentra estrechamente ligada con el modelo de democracia deliberativa, en el que todos los hablantes pueden participar de forma incluyente en la toma de decisiones que deben ser adoptadas conforme al procedimiento racional. En tratándose del precedente judicial, todo lo anterior implica la necesidad de abandonar la idea según la cual el precedente es una fuente del derecho y, en su lugar, sostener que el precedente judicial es un argumento que debe ser considerado por todo juez en la medida que éste respete las normas del procedimiento racional por el que aboga la democracia deliberativa.

En la medida que las decisiones judiciales sean producto del diálogo con las partes del proceso, la sociedad, las instituciones y los demás jueces, sus decisiones estarán dotadas de legitimidad. Existirá un acatamiento procedimental al precedente, el cual conciliará la legitimidad con la coherencia del sistema jurídico.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aarnio, Aluis. *Las reglas en serio*. En: Aarnio Aulis y otros (comps.). *La normatividad del derecho*, 1ª ed. Barcelona, ed.: Gedisa, 1997.

Acuña Vizcaña, José Francisco. *Investigación de las transformaciones dogmáticas derivadas de la parapolítica en el sistema penal colombiano*. En prensa.

Acuña Vizcaña, José Francisco. *Tópica jurídica en el caso de judicialización de adolescentes desvinculados del conflicto armado*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Universidad Nacional de Colombia, 2013.

Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad.: Jorge M. Seña. 1ª ed., Barcelona, ed.: Gedisa, 1994.

Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad.: Manuel Atienza e Isabel Espejo. 1ª ed., Lima, ed.: Palestra editores, 2007.

Alexy, Robert. *Teoría sobre los derechos fundamentales*. Trad.: Ernesto Garzón Valdés. 1ª ed., Madrid, ed.: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. 1ª ed., Bogotá, Traducción Carlos Bernal Pulido, ed.: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Alexy, Robert. *Una concepción teórico discursiva de la razón práctica*. Trad.: Jorge M. Seña. 1ª ed., Barcelona, ed.: Gedisa.

Alflen Da Silva, Kelly Susane. *Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial*. 1ª ed., Título en original hermenéutica jurídica e concretizacão judicial, trad.: Humberto Orduz Maldonado, Ed.: Temis, Bogotá, 2006.

Arango, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* 1ª ed., Bogotá, ed.: Siglo del Hombre Editores, 1999.

Archila Neira, Mauricio. *¿Es aún posible la búsqueda de la verdad? Notas sobre la nueva historia cultural* Bogotá, en: Revista Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura No 26 de 1999.

Arcos Ramírez, Federico. *La seguridad jurídica. Una teoría formal*. 1ª Ed., Madrid, Ed.: Dykinson. 2000.

Arturo Dorado, Néstor Raúl; Cuchumbé Holguín, Nelson Jair. *Argumentación jurídica y Análisis Jurisprudencial. Manuales de convivencia y comportamientos éticos y estéticos de los educandos*. 1ª Ed., Santiago de Cali (Colombia), Ed.: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

Atienza, Manuel. Argumentación jurídica, En: *El derecho y la justicia*. Edición de Ernesto Garzón y Francisco J. Laporta, Ed.: Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1996.

Atienza, Manuel. *Argumentación jurídica*. 1ª Ed., Madrid, Ed.: Trotta, 1996.

Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación jurídica*. 1ª Ed., Madrid, Ed.: Trotta, 2013.

Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 1ª Ed., México D.F., Ed: Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica No 134 UNAM, 2003.

Atienza, Manuel. *Prólogo a Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Curtis Christian (ed.) Ed. Trotta. Madrid, 2006.

Barreto, Hernando. *Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito*. En: Varios. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 2ª ed., Bogotá, ed. Universidad Externado de Colombia, 2011.

Beccaria, Cesar. *De los delitos y de las penas*. Ed.: Temis, Bogotá, 2012.

Bedoya, Hubed. *Dogmática como derecho*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Berger, Peter. *Introducción a la Sociología*. 1ª ed., México, ed.: Limusa, 2009.

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. 1ª ed. Bogotá. Ed.: Universidad Externado de Colombia, 2008.

Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed., Madrid, ed.: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Bonilla Maldonado, Daniel. *Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos: La estructura del debate*. En: Bonilla, Daniel (ed.) *Teoría del Derecho y Trasplantes jurídicos*. 1ª ed., Bogotá, ed.: Siglo del Hombre, 2009.

Bonorino, Pablo Raúl. Peña Ayazo, Jairo Iván. *Filosofía del Derecho*. 2ª ed., Bogotá, ed.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.

Botero Marino, Catalina. Jaramillo, Juan Fernando. *El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias*. En: Estado de Derecho y Sentencias Judiciales – Seguridad Jurídica y garantismo. 1ª Ed., Bogotá, Ed.: ILSA, 2007.

Cárcova, Carlos María. *Notas acerca de la teoría crítica del Derecho*. En: Courtis, Christian (Ed.). *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Ed.: Eudeba, 2009.

Carrillo de la Rosa, Yezid. *El problema de la validez y del actual sistema de fuentes en el derecho colombiano*. 1ª ed., Cartagena, ed.: Universitaria Universidad de Cartagena, 2012.

Chinchilla, Tulio. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. 2ª ed., Bogotá, ed.: Temis, 2009.

Contreras Calderón, Jorge Andrés. *El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del Derecho*. En: Revista: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol.: 41, No 115, Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, 2011.

Correas, Oscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*. 1ª Ed., México, Ed.: Fontamara, 2000.

Courtis, Christian. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*, En Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Courtis Christian (ed.), Madrid, Ed. Trotta. 2006.

De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. 2ª ed., Barcelona, Ed.: Ariel Derecho, 1988.

De Sousa Santos, Boaventura. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, 1ª ed., Ed.: ILSA, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 1991.

Elster, Jon. *La democracia deliberativa*. 1ª ed., Barcelona, Ed.: Gedisa, 2001.

Estévez Araujo, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. 1ª Ed., Madrid, Ed.: Trotta, 1994.

Estrada Vélez, Sergio Iván. *Seguridad jurídica y discrecionalidad*. En: *Temas de filosofía del derecho*. 1ª Ed., Medellín, Ed.: Universidad de Medellín – Señal editora, 2003.

Estrada, Alexei Julio. *El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001*. En: Anuario de Derecho Constitucional, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Estrada, Alexei Julio. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la constitución colombiana de 1991*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Estrada Vélez, Sergio Iván. *Las Fuentes del Derecho*. En: Valderrama Bedoya, Francisco (coord.). *Teoría del derecho*. 3ª ed., Medellín, ed.: Sello editorial Universidad de Medellín, 2013.

Estrada, Sergio. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. 3ª ed., Medellín, Ed.: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2011.

Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Liberal de Hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Ed.: Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 9ª ed., Madrid, ed.: Trotta, 2009.

Ferreres Comella, Victor. *Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia*. En: Laporta, Francisco (comp.) *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. 1ª ed., Madrid, ed.: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Feteris, Eveline T. *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Trad.: Alberto Supelano. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Foucault Michael. *Vigilar y castigar*. 1ª ed., trad.: Aurelio Garzón del Camino, ed.: siglo veintiuno editores.

Gaido, Paula. *La pretensión de corrección del derecho polémica sobre la relación derecho y moral. Robert Alexy / Eugenio Bulygin*. 1ª ed., Bogotá, ed.: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2001.

García Amado, Juan. *Sobre la interpretación constitucional*. En: *Ensayos de Filosofía Jurídica*. 1ª ed., Bogotá, ed.: Temis, 2003.

García Jaramillo, Leonardo. Presentación a: *La democracia deliberativa a debate* En: Cuadernos de Investigación. Ed.: Universidad EAFIT. Cuaderno de investigación No 85. Colección Bibliográfica, Medellín, 2011.

García Maynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 1ª ed., México, ed.: Porrúa, 1940.

Gargarella, Roberto. *Crítica del estado de derecho. Comentario a “por qué hablar de una teoría impura del derecho para América latina” de Diego López Medina*. En: Bonilla, Daniel (ed.) *Teoría del Derecho y Trasplantes jurídicos*. 1ª ed., Bogotá, ed.: Siglo del Hombre, 2009.

Gargarella, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos*. En: Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica*. 1ª ed., Buenos Aires, ed.: Siglo veintiuno editores, 2014.

Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1ª ed., Buenos Aires, ed.: Siglo veintiuno editores, 2014.

Gaviria Díaz, Carlos. *La ruptura del monismo Kelseniano: a propósito de la norma fundamental*. En: Hans Kelsen: Una teoría Pura del Derecho. Fuentes Contreras, Édgar Hernán. (coordinador). Ed.: Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá, 1ª Edición, Bogotá, 2010.

Guastini, Ricardo. La interpretación de la Constitución, En: *Interpretación y razonamiento jurídico. Volumen II*, compilador Ortega, Santiago, Perú, Ed.: Ara editores, 2010.

Haddad Linero, Yebrail. *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica*. 1ª ed. Bogotá, ed.: Universidad Externado de Colombia, 2006.

Habermas, Jürgen. *La reconstrucción del materialismo histórico*. Trad.: Jaime Muñiz y Ramón García, 1ª ed., Madrid, ed.: Taurus, 1989.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trad.: Manuel Jiménez Redondo, 4ª ed., Madrid, ed.: Trotta, 2001.

Hart, H. *El concepto de derecho*. Trad.: Genaro Carrió. 1ª ed., Buenos Aires, Ed.: Abeledo Perrot, 1992.

Hogg, Peter W. Bushell, Allison A. *el diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo)*. En: Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica*. 1ª ed., Buenos Aires, ed.: Siglo veintiuno editores, 2014.

Hoelflich, M.H. *Law and Geometry. Legal Science from Leibniz to Langdell*. En: The American Journal of Legal History, Vol. 30, No 2, abril de 1986.

Hruschka, Joachim. *Kant, Feuerbach y los Fundamentos del Derecho Penal*. En: Montiel, Juan Pablo. (comp.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿Decadencia o evolución?* 1ª ed., Madrid, ed.: Marcial Pons, 2012.

Hübner Mendes, Conrado. *Una división de poderes deliberativa: entre el dialogo y la última palabra*. En: Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica*. 1ª ed., Buenos Aires, ed.: Siglo veintiuno editores, 2014.

Jaramillo J., Carlos Ignacio. *Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. En: *El Precedente Judicial en Colombia. Papel y Valor Asignados a la Jurisprudencia*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Ibañez, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 2012.

Jaramillo, Isabel. Alviar, Helena. *Políticas de un particularismo transmutado*. En: Bonilla, Daniel (ed.) *Teoría del Derecho y Trasplantes jurídicos*. 1ª ed., Bogotá, ed.: Siglo del Hombre, 2009.

Kaufmann, Arthur. *Derecho Natural y Positivo. Problema Histórico de la Filosofía del Derecho*. En: Filosofía del Derecho. 2ª ed., Bogotá, ed.: Universidad Externado de Colombia, 1999.

Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Trad.: Leonor Calvera. 1 ed., Buenos Aires, ed.: Leviatán.

Kelsen, Hans. *El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica* En: Teoría Pura del Derecho. México: Porrúa. 1997 (1960).

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad.: Roberto J. Vernengo, ed.: 13, México, ed.: Porrúa, 2003.

López Hernández, José. *El concepto de legitimidad en perspectiva histórica*. En: Revista Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. No 18, 2009.

López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces*. 2ª ed., Bogotá, Ed. Legis, 2006.

López Medina, Diego Eduardo. *Interpretación constitucional*. 2ª ed., Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, Bogotá, 2006

López Medina, Diego. *¿Por qué hablar de una “teoría impura del derecho” para América Latina?* En: *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, editor académico: Daniel Bonilla Maldonado, 1ª Ed., Bogotá, Ed. Siglo del hombre, 2009.

López Medina, Diego. *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. 1ª Ed., Bogotá, Ed. Legis, 2004.

Matteucci, Nicola. *Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno*, trad.: Francisco Javier Ansuátegui y Manuel Martínez Neira, 1ª ed., Madrid, Ed.: Trotta., 1998.

Marti, José. *La paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa en Nino*. En: García, Leonardo. Cuadernos de investigación. Medellín, ed.: Universidad Eafit., 2011.

Mejía Quintana, Oscar. *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*. Publicado en: Revista Pensamiento Jurídico (No. 16), Bogotá, D.C.: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (UNC), 2006 y en Humanitas (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León), 2006.

Mejía Quintana, Oscar. La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación. en Númas Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional)*, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

Mejía Quintana, Oscar. *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Temis, 2005.

Mir Puig, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 1ª ed., Barcelona, ed.: Ariel, 1994.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede. *Del espíritu de las leyes*, trad.: de M. Blazquez y P. de la Vega, Ed.: Tecnos, Madrid, 1972.

Montiel, Juan Pablo. *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿Decadencia o evolución?*, 1ª ed., Madrid, ed.: Marcial Pons, 2012.

Mora Restrepo, Gabriel. *Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces, teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. 1ª Ed., Buenos Aires, Ed.: Marcial Pons. 2009.

Moral Soriano, Leonor. *El precedente judicial*, 1ª Ed, Barcelona, Ed.: Marcial Pons, 2002.

Moreso, Juan José. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. 1ª ed., Madrid, ed.: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Motta Navas, Álvaro Andrés y otros. *La importancia de la jurisprudencia en Colombia*. 1ª ed., Bogotá, Consejo Superior de la judicatura, 2012.

Nino, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política – Una revisión a la teoría general del Derecho*. 1ª Ed., Barcelona, Ed.: Ariel Derecho, 1994.

Olano García, Hernán Alejandro. *Hermenéutica Constitucional*. 1ª Ed., Bogotá, ed.: Ibáñez, 2009.

Ovejero, Félix. *Deliberación y democracia*. En: Cuervo, Iván. y otros (editores). *El giro deliberativo en la democracia. Teoría y evidencia empírica*. 1ª ed., Bogotá, 2012.

Palmier, Jean Michell. *La filosofía del derecho en Hegel*. Ed.: Fondo de Cultura Económica. México, 1977.

Pasquino, Pasquale. *Voter et délibérer*. En: *Revue Européenne des Sciences Sociales*. Tome XLV-(136). *European journal of social sciences*, 2007.

Pinilla Campos, Ernesto. *Legitimidad y validez constitucionales en el contexto jurídico-político de un Estado alterado*. En: *Revista Pensamiento Jurídico*. No 35, septiembre-diciembre, Bogotá, 2012.

Plazas Vega, Mauricio. *El Realismo Jurídico*. En: *Hermenéutica Jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*. 1ª ed., Bogotá, Ed.: Ediciones Rosaristas, 1997.

Prieto Sanchís, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*. 1ª ed., Madrid, ed.: tecnos, 1987.

Prieto Sanchis, Luis. *Sobre Principios y Normas. Problemas del razonamiento jurídico*. 1ª Ed. Ed.: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El precedente judicial y sus reglas*. 1ª ed., Bogotá, ed.: Legis, 2014.

Reinchenbach, Hans. *La Filosofía científica*. Trad.: Horacio Flores Sánchez. 2ª ed., México, ed.: Fondo de Cultura Económica. 1967.

Rodríguez Villabona, Andrés Abel. *Unidad y Validez de los Sistemas Jurídicos: Problemas de las Diversas Teorías Sobre la Norma Básica*, tesis de grado para obtener título de abogado, Bogotá, 2009.

Rodríguez, Cesar. *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*. 1ª ed., Bogotá, ed.: Siglo del Hombre Editores, 1997.

Roxin, Claus. *Derecho Penal General, Tomo I*. trad.: Luzón Peña, Díaz y García Conlledó. 2ª ed., 1997.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. 1ª ed. Bogotá, ed.: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Sarrabayrouse, Eugenio C. *La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración*. En: Montiel, Juan Pablo. (comp.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿Decadencia o evolución?*, 1ª ed., Madrid, ed.: Marcial Pons, 2012.

Sartori, Giovanni. *La política, lógica y método en las ciencias sociales*. 1ª ed., México, ed.: Fondo de Cultura Económica, 2010.

Schmitt, Carl. *La defensa de la constitución*. Trad.: Manuel Sánchez Parto, 1ª ed., Madrid, Ed.: Tecnos, 1989.

Stokes, Susan. *Patologías de la deliberación*. En: Elster, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, 1ª ed., Barcelona, Ed.: Gedisa, 2001.

Tamayo Jaramillo, Javier. *El Precedente Judicial en Colombia. Papel y Valor Asignados a la Jurisprudencia*. 1ª Ed., Bogotá, Ed.: Ibañez, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 2012.

Tamayo Jaramillo, Javier. *La decisión judicial*. Tomo II. 1ª ed., Medellín, ed.: Dike, 2011.

Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, 1ª ed., Bogotá, ed.: Temis, 2007.

Tamayo Jaramillo, Javier. *La responsabilidad del Estado*. 2ª ed., Medellín, ed.: Dike, 2014.

Uprimny Yepes, Rodrigo. *¿En qué está el debate colombiano de la tutela contra sentencias judiciales?* En: Estado de Derecho y Sentencias Judiciales – Seguridad Jurídica y garantismo. 1ª Ed., Bogotá, Ed.: ILSA, 2007.

Uprimny Yepes, Rodrigo. Rodríguez, Andrés Abel. *Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación*, 2ª ed., Bogotá, ed.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.

Velásquez, Iván. *Jurisprudencia Penal Extractos Primer Semestre año 2013*. 1ª ed., Medellín, ed.: Librería Jurídica Sánchez, 2013.

Viehweg, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. de Luis Diez Picazo Ponce de León, 1ª Ed., Madrid, Ed. Taurus, título en Alemán: Topikundjurisprudenz. 1963.

Wolkemer, Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. En: Rodríguez, César (Editor). *Colección en Clave de Sur*. 1ª Ed., Bogotá, Ed.: ILSA, 2003.

Xiol Rios, Juan Antonio. *Notas sobre la jurisprudencia*. En: El carácter vinculante de la jurisprudencia. En: Laporta, Francisco (comp.) El carácter vinculante de la jurisprudencia. 1ª ed., Madrid, ed.: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Zagrabelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Ed.: Trotta, Traducción de Marina Gascón. Título original: II Dirittomite. Leggedirittigiustizia. 6ª ed., Madrid, 2005.

2. REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

“Proponen Referendo Para Decidir Sobre Adopción De Niños Por Parte De Homosexuales” En: *El Espectador*. 29 de agosto de 2014. Consultado en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/proponen-referendo-decidir-sobre-adopcion-de-ninos-part-articulo-513493> (21.01.2015)

Buitrago Guzmán, María Rosalba. *Metodología del precedente en la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Tesis para optar al título de magister. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/3789/1/06-699348.2011.pdf.pdf> (15.3.15)

Castro Ayala, José Guillermo. *La Corte Constitucional: ¿demasiado activa?* Consultado en: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3584-la-corte-constitucional-idemasiado-activa.html> (8. 11. 2013)

Flores Ávalos, Elvia Lucía. *Jurisprudencia de conceptos*. Publicación digital, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/16.pdf> (21.4.15)

Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Disponible en:

<https://zoonpolitikonmx.files.wordpress.com/2014/03/habermas-jurgen-teoria-de-la-accion-comunicativa-i.pdf> (6.03.2015)

Hage, Jaap. *Sources of law*. En: *Introduction to law*. Consultado en: http://link.springer.com.ezproxy.unal.edu.co/chapter/10.1007/978-3-319-06910-4_2 (27. 10. 2014)

Hart, Herbert. *American jurisprudence through english eyes: The nightmare and the noble dream*. Consultado en: www.oxfordscholarship.com/view.10.1093/acprof:oso/9780198253884-chapter-5 (5.11. 2014)

Kant, Immanuel. *La paz perpetua*. Consultado en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89929.pdf> (20.12.14)

Lopera Echavarría, Juan Diego; Ramírez Gómez, Carlos Arturo; Zuluaga Aristizabal, Marda; y Ortiz Vanegas Jennifer. *El método analítico como método natural*. Consultado en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/25/juandiegolopera.pdf> (10.2.15)

López Medina, Diego. *Materiales para la reforma del artículo 230 de la Constitución Política*. Consultado en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-111004-06_materiales_para_la_reforma_del_articulo_230_de_la_constitucion_/noti-111004-06_materiales_para_la_reforma_del_articulo_230_de_la_constitucion_.asp?print=1 (18.01. 2015)

López, Diego. *Igualdad y precedente: el argumento contra Tamayo*. En: *Ámbito Jurídico*, Consultado en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110613-13_igualdad_y_precedente_el_argumento_contra_tamayo/noti-110613-13_igualdad_y_precedente_el_argumento_contra_tamayo.asp?print=1 (10.09.2014)

Pérez Lledó, Juan Antonio. González Lagier, Daniel. *Apuntes sobre la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX: De la escuela de la exégesis a Ronald Dworkin*. Consultado en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20557/1/APUNTES_DE_FILOSOFIA_DEL_DERECHO.pdf (1.11.14)

Rodríguez Corría, Reineiro. *La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral*. Consultado en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/Reineiro7.pdf (20.12.14)

Schiele Manzor, Carolina. *La jurisprudencia como fuente del derecho. El papel de la jurisprudencia*. Consultado en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf> (10.4.14)

Szysczak, Erika. *A theory of legal argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, translated by Rober Alexy*. En: *The Modern Law Review*. Vol. 53 No 4, 1990, p. 570. Consultado en: <http://www.jstor.org.ezproxy.unal.edu.co/stable/pdfplus/1096750.pdf> (15.1.2015)

Tamayo Jaramillo, Javier. *Horroroso balance del derecho de los jueces*. Consultado en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140903-10horroroso_balance_del_derecho_de_los_jueces/noti-140903-10horroroso_balance_del_derecho_de_los_jueces.asp (10.09.2014)

Taruffo, Michelle. *precedente y jurisprudencia*. Consultado en: http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&ved=0CCoQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.icesiaotronivel.com.co%2Fvistas%2Findex.php%2Fprecedente%2Farticle%2Fdownload%2F1434%2F1831&ei=-bT5VNC8IcnZsATs_4HwDw&usg=AFQjCNH9pHfKM3-xA6XrljGp5BEvjuzvFg (6.3.2015)

Ticona Postigo, Victor. *La motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa*. Disponible en: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/50369f8046d487baa80ba944013c2be7/95la_motivaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=50369f8046d487baa80ba944013c2be7 (8.03.2015); el boletín de la Corte Constitucional de Guatemala de octubre de 2012, disponible en: <http://www.cc.gob.gt/DocumentosCC/InfoCC/Octubre2012.pdf> (8.03.2015)

Uprimny, Rodrigo. *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf> (2.01.2015)

Urfaline, Phillipe. *La décision fut elle jamais un objet sociologique*. Texte provisoire. Consultado en: <http://cespra.ehess.fr/docannexe/fichier/545/D%C3%A9cision.pdf> (12.5.14.)
Velasco, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*. Disponible en: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/71067/5/TDD%20-%20texto%20completo%20introducci%C3%B3n.pdf> (10.3.15)

3. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Consejo de Estado de Colombia. Sección 3ª. *Sentencia No 66001-23-31-000-1996-3160-01 de 6 de septiembre de 2001*. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Consultado en: http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/lib/exe/fetch.php?media=6_de_septiembre_de_2001_c.p._alier_eduardo_hern_indez_enr_quez.pdf (10.01.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-239 de 1997*. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm> (24.11.2014)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-355 de 2006*. Magistrados Ponentes: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm> (24.11.2014)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-426 de 2002*, Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. 29 de mayo de 2002 Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-426-02.htm> (26.03.2014)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-037 de 1996*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1996/C-037-96.htm> (27.09.2014)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-037 de 2000*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-037-00.htm> (25.01.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-083 de 1995*, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-083-95.htm> (25.03.2014).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-104 de 1993*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-104-93.htm> (6.3.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1064 de 2001*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1064-01.htm> (20.1.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-113 de 1993*. M.P.: Jorge Arango Mejía. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-113-93.htm> (26.1.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-131 de 1993*. M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm> (25.1.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1433 de 2000*. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1433-00.htm> (20.1.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1436 de 2000*. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1436-00.htm> (6.03.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-222/1996*, magistrado ponente Fabio Moron Díaz. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36646> (18.1.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-245/1996*, magistrado ponente Vladimir Naranjo Mesa. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28382> (18.1.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-335 de 2008*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Consultado en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm#_ftnref14 (25.01.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-539 de 2011*. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-539-11.htm> (25.01.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-634 de 2011*. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-634-11.htm> (25.1.2015)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-836 de 2001*, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm> (25.03.2014).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-047 de 1999*, magistrados ponentes Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm> (20.12.2014)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T – 729 de 2008*. Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-729-08.htm> (23.10.14)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-123 de 1995*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-123-95.htm> (25.03.2014).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-260 de 1995*, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-260-95.htm> (25.03.2014)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-292/2006*, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm> (29.09.14)

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-571 de 2007*. M.P. Jorge Córdoba Triviño. Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-571-07.htm> (25.1.2015)

Corte Constitucional del Colombia. *Sentencia T-259 de 2000*. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-259-00.htm> (7.03.15)

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. *Sentencia de 21 de febrero de 1938*. Magistrado Ponente: Arturo Tapias Pilonieta.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. *Sentencia de 23 de junio de 1958*. Magistrado Ponente: Arturo Valencia Zea.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. *Sentencia 38651 de 6 de febrero de 2013*. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. *Sentencia 22855 de 25 de mayo de 2005*. M.P. Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. *Sentencia 39456 de 25 de mayo de 2005*. M.P. José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref. Exp. 11001-3103-0006-2002-00101-01. *Sentencia de 9 de julio de 2012*, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Tribunal del Estado de Nueva York. *Sentencia del caso Riggs vs Palmer*. 1889. Consultado en: <http://www.rtf.d.es/numero11/21-11.pdf> (4.01.2015)