

**Estudio de Derecho
Comparado Internacional
del Precedente Jurisprudencial
Constitucional: Propuesta
Metodológica para Colombia**

Instituto de Estudios del Ministerio Público
Procuraduría General de la Nación

Carlos Arturo Moreno Orduz

Director

Natalia Ruiz Morato

Autora Principal

*Estudio de Derecho Comparado Internacional del Precedente Jurisprudencial
Constitucional: Propuesta Metodológica para Colombia*

© Procuraduría General de la Nación, 2018
© Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP) 2018

Fernando Carrillo Flórez

Procurador general de la nación

Director

Carlos Arturo Moreno Orduz

Autora principal

Natalia Ruiz Morato

Colaboradores

*David Ernesto Llinás Alfaro,
Jorge Ricardo Palomares García*

Cordinador editorial

Luis Enrique Martínez Ballen

Diseño y diagramación

Natalia del Pilar Cerón Franco

Impresión y corrección de estilo

Imprenta Nacional de Colombia

Edición

*Instituto de estudios del Ministerio Público – IEMP
IEMP Carrera 5 No. 15-80, piso 16
Bogotá D.C.; Colombia
PBX: 587 87 50 ext. 11621
<http://www.procuraduria.gov.co/iemp>*

ISBN: 978-958-734-236-9

Esta publicación fue editada y financiada por el Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Las opiniones expresadas en el presente documento son responsabilidad del autor y no comprometen a la Procuraduría General de la Nación, ni al Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Abril, 2018.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Fernando Carrillo Flórez
Procurador general de la nación

Juan Carlos Cortés González
Viceprocurador general de la nación

Carlos Mario Molina Betancur
Director Instituto de Estudios del Ministerio Público



Tabla de contenido

I. La jurisprudencia constitucional, sus partes decisivas y su obligatoriedad. Carlos Arturo Moreno Orduz.....	9
II. Metodología del estudio de derecho comparado internacional del precedente jurisprudencial constitucional y propuesta metodológica para Colombia. Carlos Arturo Moreno Orduz, David Ernesto Llinas Alfaro, Jorge Ricardo Palomares García y Natalia Ruiz Morato	15
III. La jurisprudencia constitucional en el derecho alemán. Jorge Ricardo Palomares García y Natalia Ruiz Morato.....	18
1. El sistema de fuentes en el derecho alemán	19
2. La jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes alemán.....	20
2.1. Efectos procesales de las decisiones judiciales.....	22
3. El carácter vinculante- sentido material de las decisiones del BVERFG.....	26
4. Dimensión vertical y horizontal de los efectos vinculantes de las decisiones del BVERFG.....	18
5. Metodología del precedente judicial en Alemania. Natalia Ruiz Morato	30
IV. La jurisprudencia constitucional en el derecho colombiano. David Ernesto Llinas Alfaro, Carlos Arturo Moreno Orduz y Natalia Ruiz Morato	33
1. El sistema de fuentes en el derecho colombiano.....	34
1.1 El artículo 230 de la Constitución Política y el papel de la Jurisprudencia en Colombia	35
2. Ubicación del precedente judicial en el sistema de fuentes en el derecho colombiano	40
2.1 Evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el precedente judicial	42
2.2 Evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano sobre el precedente judicial	52
2.2.1 Aceptación indirecta de la obligatoriedad del precedente en el debate de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales	52
2.2.2 La doctrina del precedente en el Consejo de Estado desde las sentencias de unificación del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011	58
3. El carácter vinculante del precedente jurisprudencial constitucional.....	60
4. Dimensión vertical y horizontal del precedente jurisprudencial constitucional.....	61
5. Metodología del precedente jurisprudencial en Colombia. David Ernesto Llinas Alfaro.....	65
5.1. La metodología del precedente según el profesor Diego López Medina.....	66

5.1.1	El autovinculo al precedente en los altos tribunales de justicia en Colombia	66
5.1.2	Metodología de ubicación del precedente jurisprudencial	70
5.1.3	Técnica de indagación jurisprudencial retrospectiva	73
5.2	La metodología del precedente según Rodrigo Uprimny, Adriana Fuentes, Catalina Botero y Juan Fernando Jaramillo	76
5.2.1.	Introducción	76
5.2.2	Elaboración de conceptos normativos y fichas sintéticas con base en las decisiones de las altas cortes	79
5.2.3	Componente histórico en la metodología del precedente propuesta por los autores	84
5.2.4	Aspectos comunes en las metodologías	86
5.3.	Propuesta de metodología del precedente para la Corte Constitucional y Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia	87
5.3.1	Introducción	87
5.3.2	Los tres aspectos metodológicos	88
5.3.3	El uso de las fichas sintéticas de Rodrigo Uprimny et al. en comparación con la propuesta de Buitrago del precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia colombiana	90
V.	La jurisprudencia constitucional en el derecho chileno. David Ernesto Llinas Alfaro y Natalia Ruiz Morato	94
1.	Sistema de fuentes en el Derecho Chileno	95
2.	Ubicación del precedente jurisprudencial dentro del sistema jurídico	96
2.1.	Efectos procesales del precedente jurisprudencial	97
3.	El carácter vinculante del presente jurisprudencial constitucional	98
4.	Dimensión vertical y horizontal del precedente jurisprudencial	99
5.	Metodología del precedente en Chile. David Ernesto Llinas Alfaro	101
VI.	La jurisprudencia constitucional en el derecho español. David Ernesto Llinas Alfaro y Natalia Ruiz Morato	103
1.	Sistema de fuentes en el Derecho español	104
2.	Ubicación del precedente jurisprudencial dentro del sistema jurídico español	106
3.	El carácter vinculante del precedente jurisprudencial constitucional	110
4.	Dimensión vertical y horizontal del precedente jurisprudencial	113
5.	Metodología del precedente judicial en España. David Ernesto Llinas Alfaro	113
5.1.	El precedente judicial en las sentencias del Tribunal Supremo	117
5.2.	Apuntes metodológicos para el hallazgo de la ratio a partir de la defensa institucional de los derechos fundamentales	123
5.3.	Metodología del precedente en el marco del recurso de amparo contra las resoluciones judiciales	130
5.3.1	Justificación	130

5.3.2	Recurso de amparo contra Resoluciones Judiciales	130
5.4.	Metodología del precedente en el Tribunal Constitucional	133
5.4.1	Elementos para determinar cuando no hay respeto por el precedente	133
5.4.2	La carga de probar una línea jurisprudencial	139
5.4.3	La relativa facilidad para elaborar líneas jurisprudenciales en España	143
VII.	La jurisprudencia constitucional en el derecho norteamericano.	
	Jorge Ricardo Palomares García y Natalia Ruiz Morato	144
1.	Sistema de fuentes en el Derecho norteamericano	145
2.	La jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes norteamericano	146
3.	Efectos procesales del precedente jurisprudencial	148
4.	El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes norteamericano	148
5.	Dimensión vertical y horizontal de los efectos vinculantes de las decisiones constitucionales	152
6.	Metodología del precedente judicial en el derecho norteamericano. Natalia Ruiz Morato	154
6.1	Introducción	154
6.2.	La doctrina del stare decisis	155
6.2.1.	Diferencia de la doctrina del stare decisis y la res judicata	156
6.2.2.	Relación de la doctrina del stare decisis y teorías argumentativas	157
6.2.3.	Relación entre la doctrina del stare decisis y la Doctrina de la <i>Ratio Decidendi</i>	160
6.2.4.	Metodologías de la doctrina del Stare Decisis	161
6.3.	La Doctrina de la <i>Ratio Decidendi</i> y métodos y metodologías de su determinación y aplicación	169
VIII.	Similitudes en los casos de análisis en el estudio comparativo.	
	Carlos Arturo Moreno Orduz, David Ernesto Llinas Alfaro, Jorge Ricardo Palomares García y Natalia Ruiz Morato	176
IX.	Propuesta de metodología del análisis jurisprudencial para Colombia basada en el análisis de derecho comparado internacional. Natalia Ruiz Morato	186
1.	Identificación de la Sentencia	188
2.	Los Hechos de la Sentencia	188
3.	Ubicación de los problemas Jurídicos	190
4.	Ubicación de la ratio decidencia y decisión	191
5.	Ubicación del stare decisis por medio de la citación histórica de la Jurisprudencia	194
6.	Ubicación del Salvamento del Voto	200
X.	Conclusiones y consideraciones. Carlos Arturo Moreno Orduz, David Ernesto Llinas Alfaro, Jorge Ricardo Palomares García y Natalia Ruiz	204
IX.	Referencias Bibliográficas	214

AUTORES

Este libro es producto de la investigación “estudio de derecho comparado internacional del precedente jurisprudencial constitucional” de los años 2014 y 2015 y de la investigación “Propuesta metodológica para el análisis jurisprudencial “del año 2016 que realizó el Instituto de Estudios del Ministerio Público con el siguiente equipo de investigadores, quienes a su vez son los autores de los capítulos del libro.

Carlos Arturo Moreno Ordúz. Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia (1988), con estudios de posgrado en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de (1990), en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Autónoma de Colombia (1988) y en Derecho Procesal de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (2008), quien está vinculado a la Procuraduría General de la Nación desde 1991. Se ha desempeñado en diversos cargos de carrera administrativa y desde el año 2008 es investigador de la línea de investigación de estudios jurídicos del Instituto de Estudios del Ministerio Público. En esta obra fue el director de los proyectos de investigación que produjeron este libro del Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Natalia Ruiz Morato, Phd de la Universidad Nacional de Colombia (2015), Master in international studies de Korea University (2008) y abogada de la Universidad Nacional de Colombia (2004). Es docente universitaria en varias Universidades de Colombia a nivel de pregrado y posgrado. Ha sido profesora visitante de Beijing Foreign Studies University. Se ha desempeñado como consultora de instituciones públicas y privadas en temas de Derecho y Desarrollo. Es coordinadora de la línea de investigación Constitucionalización del sistema internacional y de las culturas no occidentales del grupo de investigación Constitucionalismo Comparado de la Universidad Nacional de Colombia. Fue la investigadora principal en los proyectos de investigación (2014-2016) y editora del libro.

David Ernesto Llinas Alfaro, Candidato a Doctor, Magister en derecho (2012), Especialista en derecho administrativo (2010) y Abogado (2007) de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado litigante y profesor de derecho constitucional y sistemas jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Coordinador la línea de investigación El estado moderno: teoría e historia del grupo de investigación Constitucionalismo Comparado de la Universidad Nacional de Colombia. Fue investigador en la segunda etapa (2015) del proyecto en los sistemas jurídicos de Chile, España y Colombia.

Jorge Ricardo Palomares García, Candidato a Doctor en Derecho, Universität Konstanz-Alemania. Magister en Derecho (Legum Magister), Universität Konstanz-Alemania y Abogado de la Universidad Santo Tomás. Docente Universitario en varias Universidades en Colombia. Fue investigador en la primera etapa del proyecto (2014) en los sistemas jurídicos de Alemania y Estados Unidos.

IV. La Jurisprudencia Constitucional en el Derecho Colombiano

*Carlos Arturo Moreno Orduz,
David Ernesto Llinás Alfaro
y Natalia Ruiz Morato*

El sistema jurídico colombiano está conformado por la Rama Judicial de la República de Colombia, integrada por el conjunto de instituciones u órganos de cierre de las tres principales jurisdicciones –Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado– y el Consejo Superior de la Judicatura. También se contemplan jurisdicciones especiales.

La jurisdicción ordinaria está compuesta por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, Juzgados de Circuito y Juzgados municipales. La jurisdicción contenciosa administrativa está compuesta por el Consejo de Estado, tribunales Contencioso-Administrativos y jueces administrativos.

La jurisdicción constitucional está conformada por la Corte Constitucional y todos los jueces de la República son jueces constitucionales para la acción de tutela en primera instancia –jueces municipales– y segunda instancia –jueces del circuito–.

La jurisdicción especial indígena cumple funciones jurisdiccionales de acuerdo con sus propias normas; sin embargo, estas no pueden ser contrarias a la Constitución ni a las leyes. Los jueces de paz están encargados de resolver en equidad los conflictos individuales y comunitarios que sean sometidos a su consideración.

El Congreso de la República ejerce algunas funciones jurisdiccionales; también administra justicia, la justicia penal militar, y de manera excepcional, colaboran en esa función algunas autoridades administrativas habilitadas para ello y particulares, si transitoriamente están investidos de esa función.

La Corte Constitucional de Colombia tiene la función de velar por la integridad y la supremacía de la Constitución. En la actualidad cuenta con nueve magistrados, elegidos para periodos individuales de ocho años por el Senado, a partir de ternas preparadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Entre sus funciones, según el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991,

que adopta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional; se cuentan:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución.
2. Decidir sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos de orden nacional.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes.
6. Decidir sobre las excusas por la inasistencia de personas naturales o jurídicas a indagaciones emplazadas por cualquier comisión permanente del Congreso de la República.
7. Decidir sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en la declaratoria de estados de excepción.
8. Decidir sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley objetados por el gobierno como inconstitucionales y de los proyectos de leyes estatutarias.
9. Revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela.
10. Decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

1. EL SISTEMA DE FUENTES EN EL DERECHO COLOMBIANO

El artículo 4º de la Constitución Política colombiana de 1991 establece desde el principio cuál es el poder normativo que emana de la misma Carta, al establecer que la Constitución “es norma de normas” y que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Por su lado, el artículo 230 de la Constitución establece cuál es el sistema de fuentes del Derecho en Colombia, así:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Como se puede ver, en la redacción del artículo transcrito existe un problema metodológico para quien quiera defender la existencia del precedente judicial en Colombia, porque implicaría reconocer que los jueces crean normas jurídi-

cas generales e impersonales, y tal situación supondría, al mismo tiempo, que ellos están sometidos al imperio de la ley y que la *jurisprudencia* es mucho más que un “criterio auxiliar” de la actividad judicial.

En lo que sigue se mostrará que tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana como algún sector de la doctrina especializada ha intentado superar la aparente contradicción entre el hecho de que el artículo 230 de la Constitución Política de 1991 establezca a la jurisprudencia como un mero “criterio auxiliar” de la actividad judicial, y el hecho de que cada vez más, tanto los operadores jurídicos como la academia ubican esa misma jurisprudencia dentro de las fuentes formales del Derecho.

1.1. EL ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN COLOMBIA

El propósito de este apartado es ubicar el lugar de la jurisprudencia dentro de las fuentes del Derecho en el sistema jurídico colombiano. Se trata de exponer cómo se ha resuelto la aparente incompatibilidad entre la simple auxiliariedad de la jurisprudencia en la actividad de los jueces, con su obligatoriedad, es decir, con la tesis contraria. La idea es que si la jurisprudencia tiene fuerza vinculante no puede ser solamente una fuente auxiliar del Derecho, y ello parecería contradecir lo que la misma Constitución ha determinado sobre el asunto, y lo que dispone el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia⁸⁰. El profesor Alexei Julio Estrada menciona sobre esa insalvable contradicción lo siguiente:

“(…) Para intentar solucionar el problema jurídico planteado, el Tribunal aborda una vez más la ingrata labor de intentar conciliar una teoría fuerte del precedente con el contenido del artículo 230 de la Carta, conforme al cual los jueces en sus decisiones sólo están sometidos al imperio de la ley y la jurisprudencia es un mero criterio auxiliar de la actividad judicial. Ingrata porque por muchos esfuerzos argumentativos que se hagan, es casi imposible salvar las contradicciones existentes entre una tesis favorable a

80 Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, publicada en Diario Oficial núm. 42.745 del 15 de marzo de 1996. Señala su artículo 48 lo siguiente: “Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto: [] 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general. [] 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”.

la fuerza vinculante del precedente y la redacción del precepto constitucional”⁸¹.

Hay que advertir que aunque el artículo citado se refiere a la postura de la Corte Constitucional respecto del precedente judicial hace catorce años, en la actualidad persiste esa orientación, debido a que la disposición constitucional en la cual se sustenta sigue vigente. Así pues, para el citado profesor cuando la Corte Constitucional admite la obligatoriedad, no solo del precedente fijado por ella misma en sus diferentes pronunciamientos (pese a que Colombia no tiene, como España o Alemania, disposiciones constitucionales o legales que otorguen a las resoluciones de la Corte Constitucional el carácter de obligatoriedad), sino también de las otras Altas Corporaciones Judiciales, está contradiciendo lo señalado por el constituyente, y así lo deja ver en sus conclusiones, cuando pareciera decir que lo que predica la Corte respecto del precedente no lo aplica ella misma –situándose ella como único juez exento de respetar sus propias decisiones–:

“Sin embargo, aún queda pendiente una cuestión de trascendental importancia y ésta es cuán serio se toma la propia Corte Constitucional sus propios precedentes, materia en la que la sentencia C-1064 de 2001 deja numerosos interrogantes. Sería absurdo exigirle al intérprete que no modifique su propia jurisprudencia, pero sí se le puede pedir un mínimo de rigor conceptual y que reconozca abiertamente cuándo decide apartarse de una determinada línea jurisprudencial, pues al obrar de otra manera mina la credibilidad y la legitimidad de la Corporación y pone en tela de juicio la seriedad de la construcción doctrinal en torno al precedente”⁸².

Las respuestas que ha recibido esta contrariedad dogmática han sido varias. Por un lado, el profesor Carlos Bernal Pulido divide el problema en dos partes, pues dos son las disposiciones contenidas en el artículo 230 de la Constitución: en primer lugar, se establece que los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley, y en segundo término, se determina que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de interpretación. Frente a lo primero, cuando la Constitución habla del “imperio de la ley”, el autor considera que se está haciendo referencia a todo el ordenamiento jurídico, y no únicamente a la ley en su sentido formal. Menciona sobre este particular:

81 Julio Estrada Alexei, “El precedente jurisprudencial. Un breve del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001”, en Eduardo Montealegre Lynett (coord.), Anuario de Derecho Constitucional, Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 51.

82 *Ibid.*, p. 62.

“Por tanto, la sujeción del juez es a todo el ordenamiento jurídico y dentro de este, como es evidente, se encuentra la jurisprudencia, junto a otras fuentes del derecho, como la costumbre, las convenciones colectivas, los tratados internacionales, etc., cuya fuerza vinculante nadie pondría en tela de juicio. La sujeción del juez en exclusiva a la ley en sentido formal, de ningún modo podría ser concordante con los postulados del Estado constitucional”⁸³.

En cuanto a lo segundo, el autor parece destacar lo problemático que resulta conciliar la idea de que la jurisprudencia es, a un mismo tiempo, un criterio auxiliar de interpretación con fuerza vinculante. Su ejercicio hermenéutico parte de la diferenciación —plantada por la filosofía del lenguaje en el siglo XX— entre *disposición* y *norma*⁸⁴. Según resalta el profesor Bernal, una disposición es un texto o enunciado del cual, si se considera aisladamente, no se desprende consecuencia alguna. En ese sentido, las fuentes del Derecho —incluida la Constitución y toda la legislación— son todas ellas disposiciones sin mayor entidad diferente al ser expresiones lingüísticas, ya que nada son si no son objeto de interpretación, pues nada significan. Solo cuando son interpretadas adquieren significado y es ahí, en el acto hermenéutico, que surgen las normas:

“Se trata únicamente de un elenco de signos que por sí mismos no tienen ningún significado. El significado les viene atribuido sólo cuando se interpretan. Ese significado que la interpretación les otorga es un conjunto de normas. Dicho de otro modo, los textos jurídicos son solamente disposiciones, signos que establecen ciertas normas. Esas normas son el significado que se les atribuye, significado que no se confunde con el texto como tal y que surge de la interpretación de la disposición”⁸⁵.

Existen eventos en los cuales las disposiciones son inequívocas, puesto que existe consenso entre la comunidad jurídica respecto de su significado. En estos casos (los casos fáciles), la interpretación casi que viene dada por la misma disposición. Empero, cuando las disposiciones son indeterminadas o ambiguas (es decir, cuando no hay claridad sobre si se pueden aplicar a un caso concreto) porque no existe consenso entre la comunidad alrededor de su significado, la actividad hermenéutica del operador jurídico adquiere importancia, porque la norma va a resultar de lo que determinen los jueces en sus lecturas de aquellas

83 Bernal Pulido Carlos, “La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano”, en *Revista Precedente*, Santiago de Cali, Universidad ICESI, 2003, p. 22. El autor vuelve a publicar el documento, con el mismo título, en Manuel José Cepeda, Eduardo Montealegre Lynett (Directores) y Alexei Julio Estrada (Coordinador General), *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, págs. 375 a 427.

84 *Ibid.*, p. 29.

85 *Ibid.*, p. 29.

disposiciones. Así las cosas, la jurisprudencia resulta ser el nexo normativo entre la disposición que carece de claridad y el caso concreto que se ha resuelto, y en esa medida, la jurisprudencia tiene fuerza normativa. A las normas derivadas del ejercicio jurisprudencial se les denomina *normas adscritas*, pues se vinculan a las disposiciones que están dentro de las fuentes formales del Derecho⁸⁶. Las normas adscritas, menciona el autor, han tenido ya aceptación tanto por la jurisprudencia como por la doctrina colombianas, y han recibido el nombre de *subreglas* (o, lo que es igual, *ratio decidendi*)⁸⁷.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, es posible superar dialécticamente la contradicción entre la jurisprudencia como fuente y la jurisprudencia como criterio auxiliar, de manera que sea ambas cosas al mismo tiempo. La tesis del profesor Bernal es que se trata de un criterio auxiliar cuando la Constitución y las demás fuentes formales del Derecho son indeterminadas frente a un caso concreto, en cuyo caso la jurisprudencia “auxilia al entendimiento pleno del sentido de dichas fuentes formales”⁸⁸, esto es, coadyuva y facilita el proceso de asignación del significado de las disposiciones constitucionales o legales interpretadas. La fuerza vinculante de la jurisprudencia deriva, por su parte, de la calidad de *norma adscrita* que tiene.

De otro lado, una respuesta mucho más sencilla que la anterior, dada al antagonismo que fluye del artículo 230 de la Constitución colombiana, ha sido la planteada por la misma Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-836 de 2001⁸⁹ (entre otras), esta consiste en la separación conceptual entre “jurisprudencia” y “precedente”, e identifica lo primero con los *obiter dictum* y lo segundo con la *ratio decidendi*⁹⁰.

86 *ibíd.*, p. 32.

87 *ibíd.*, págs. 32 y 33. El profesor Bernal menciona que la denominación de subregla es imprecisa y puede no ser conveniente, por dos razones: primero, porque la jurisprudencia, en tanto norma adscrita, puede operar a modo de regla (disposición normativa con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica), pero también puede funcionar como principio (disposición normativa sin caso, según exponen Juan Ruiz Manero y Manuel Atienza, o bien como mandato de optimización, como define Robert Alexy); en segundo lugar, porque al hablar de subregla se da la errónea impresión de que las decisiones judiciales tienen un rango normativo inferior, y ello no es así, precisamente por la calidad del juez como funcionario encargado de atribuir de significado a cualquier fuente formal. Ver en especial la p. 33. En contra de esta argumentación, puede leerse a Rodrigo Uprimny, Adriana Fuentes, Catalina Botero y Juan Fernando Jaramillo, Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005), Bogotá, Legis, Andiarios, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. xviii y xix, especialmente el pie de página 7.

88 *ibíd.*, p. 33.

89 M. P., Escobar Gil Rodrigo.

90 Se asimila el concepto de precedente (*ratio decidendi*) también con el concepto de cosa juzgada constitucional implícita, que fue utilizado por la Corte en algunas sentencias de la década de 1990 para hacer referencia a aquellos aspectos de la decisión que se encuentran dispersos en la parte motiva pero que deben ser respetados en casos futuros que sean análogos. Ver Sentencia C-131 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también en Diego López Medina y Roberto Gordillo, “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia”, en Revista de Derecho Público No. 15, Bogotá, Universidad de los Andes, 2002, págs. 8 a 12.

Bajo esta premisa, la Corte desdobra dicha argumentación en un caso muy famoso por las implicaciones políticas que tuvo: se trató de una acción de tutela interpuesta por la entonces Representante a la Cámara Vivianne Morales contra la Corte Suprema de Justicia debido a una investigación penal iniciada en su contra (y en contra de otros representantes) por el delito de prevaricato, al haber ellos archivado la investigación que se adelantaba contra el expresidente Ernesto Samper Pizano en el sonado “proceso 8.000”. El problema de fondo tenía que ver con el hecho de que la misma Corte Constitucional había determinado en dos fallos previos (las sentencias C-222 y C- 245 de 1996⁹¹) que la inviolabilidad del voto de los congresistas solamente es predicable respecto de las opiniones que emitan bajo el marco de sus funciones políticas, pero no cuando asumen funciones judiciales, como lo son la investigación y acusación de personas aforadas (como el Presidente de la República) en virtud de los numerales 3 y 4 del artículo 178 de la Carta.

Estas dos sentencias, en principio, obligaban a la Corte Constitucional a reiterar la doctrina expuesta en ellas, y supondría rechazar la solicitud de tutela de la congresista. Así, la respuesta de la Corte fue aducir que los párrafos de esas decisiones eran *obiter dictum* y que no tenían relación directa con los hechos materiales y pretensiones que resolvieron ni con las resoluciones que finalmente adoptaron. En consecuencia, no resultaban obligatorias o, lo que era igual, eran meros criterios auxiliares de la actividad judicial⁹².

En este mismo sentido, la Sentencia C-836 de 2001, caracterizada por defender sistemáticamente la obligatoriedad del precedente judicial, insistió que si bien los *obiter dictum* no son vinculantes para los jueces en casos futuros, tampoco pueden desecharse en el transcurso de las labores hermenéuticas del operador jurídico, porque son tales fragmentos, usualmente eruditos y grandilocuentes, los que constituyen criterios auxiliares según lo dispuesto por el artículo 230 de la Constitución Política colombiana. Con el perdón de los lectores, se transcribe el fragmento pertinente:

91 M. P. Naranjo Mesa Vladimiro, C.J. núm 2.3. Señalaba este fallo que “Debe entenderse pues que la inviolabilidad opera en los casos en que los congresistas están ejerciendo su función legislativa, su función constituyente derivada, su función de control político sobre los actos del Gobierno y de la Administración y, eventualmente, su función administrativa, como es la de provisión de ciertos cargos. Pero cosa muy distinta ocurre cuando los congresistas, revestidos de la calidad de jueces, ejercen función jurisdiccional, como ocurre en los juicios que se adelanten contra funcionarios que gozan de fuero constitucional, especial (arts. 174, 175, 178-3, 178-4 y 199). Dichos juicios son, por definición constitucional, públicos, así lo establece el artículo 175 numerales 1o. y 4o. Para la Corte es claro que en este caso los congresistas asumen la calidad de jueces, tal como la Corte lo explicó en reciente jurisprudencia (Sentencia N° C-222 de 1996)”. Como se verá, después la Corte adujo que este razonamiento era *obiter dicta*, y por tanto es un criterio auxiliar, no obligatorio, para los jueces.

92 Ver Sentencia SU-047 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, c. j. 54. De igual manera, este relato se encuentra principalmente en Diego López Medina y Roberto Gordillo, “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia”, op. cit., págs. 8 a 12.

“Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho. Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución”⁹³.

No puede dejar de mencionarse la investigación realizada por la profesora María Rosalba Buitrago Guzmán en el marco de su tesis de maestría en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, quien sobre esta misma problemática plantea la necesidad de distinguir entre “jurisprudencia” y “precedente judicial” en el contexto colombiano, dada la previsión del artículo 230 constitucional. Mientras que la jurisprudencia debe ser asociada con los dichos de paso (*obiter dictum*), el precedente constituye la pauta de obligatorio seguimiento para los casos análogos posteriores, en virtud del principio de igualdad, de la confianza legítima de los ciudadanos y de la seguridad jurídica^{94,95}.

2. UBICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL SISTEMA DE FUENTES EN EL DERECHO COLOMBIANO

Como pudo verse en el indicador anterior, el alcance e interpretación del artículo 230 de la Constitución Política ha venido siendo determinado por la Corte Constitucional colombiana, la que ha establecido que la jurisprudencia constitucional es una fuente de derecho de carácter obligatorio. En la cultura y tradición jurídica colombiana, la doctrina del precedente ha originado un nuevo paradigma sobre la forma en que se debe entender la relación entre el juez y el derecho aplicable, surgiendo la jurisprudencia como una fuente en

93 Sentencia C-836 de 2001, M. P. Escobar Gil Rodrigo, c. j. 22.

94 Buitrago Guzmán María Rosalba, Metodología del precedente judicial 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 Magíster en Derecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2011, p. 57.

95 El profesor Quinche Manuel menciona sobre este aspecto, retomando las reglas que ha establecido la Corte Constitucional sobre el particular, que “el entendimiento del imperio de la ley, al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales”. *Ibíd.*, p. 83.

la que se aprecia la convergencia existente⁹⁶ entre los sistemas del derecho continental –basado solo en la codificación– y la aplicación de una norma jurídica y del sistema jurídico del *common law* o anglosajón. En la actualidad, los jueces están obligados a la aplicación del precedente judicial⁹⁷.

Para la Corte Constitucional, la justificación de la obligatoriedad de la jurisprudencia es la fundamentación del Estado de derecho y de la democracia, aunque en la práctica jurídica colombiana, hasta hace relativamente poco tiempo los jueces de especialidades diferentes a la constitucional seguían privilegiando la ley, y la jurisprudencia ha sido considerada como una fuente meramente indicativa o auxiliar⁹⁸.

La evolución del uso precedente en las Altas Cortes en Colombia comenzó con la distinción de la doctrina legal hacia la doctrina probable. Los conceptos de doctrina legal, doctrina probable y precedente jurisprudencial son expresión del progreso o cambio que conllevó la Constitución Política colombiana al sistema jurídico.

La doctrina legal fue desarrollada en las leyes 61 de 1886 y 153 de 1887, por ello es aquella la que se constituye de tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho aplicable en casos análogos y en puntos dudosos. De la misma forma, se determinaba que las Cortes podían variar la doctrina legal aun para casos análogos.

El cambio de la doctrina legal al uso del criterio de la doctrina probable aconteció por los cambios que introdujeron las leyes 153 de 1887 y 169 de 1896, cuando se reglamentaron las causales de casación. Es decir, según este desarrollo legal colombiano, la jurisprudencia como fuente de derecho meramente tenía un valor indicativo, pero la doctrina probable es una categoría que le da fuerza integradora e interpretativa a la Constitución. A pesar de que es una norma anterior a la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional⁹⁹ en sus primeros años, ha usado el concepto de *doctrina constitucional* en el mismo sentido que doctrina probable. Hay varios ejemplos de ello, como la sentencia de constitucionalidad C-083 de 1995¹⁰⁰ y la sentencia de Tutela T-123 de 1995¹⁰¹.

96 Mota N, Álvaro; Suelte C., Vanessa, Corrales S. María Estela, La importancia de la jurisprudencia en Colombia. Revisión sobre el concepto de línea jurisprudencial y nociones similares- Jurisprudencia y doctrina-, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, 2012, p. 115.

97 En este sentido, véase la recientemente publicada Sentencia SU-053 de 2015, M. P. Ortiz Delgado Gloria Stella.

98 Mota N, Álvaro; Suelte C., Vanessa, Corrales S. María Estela, La importancia de la jurisprudencia en Colombia. Revisión sobre el concepto de línea jurisprudencial y nociones similares- Jurisprudencia y doctrina-, óp. cit., p. 116

99 Cabe mencionar que anterior a la Constitución Política colombiana, existía era la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia

100 M. P. Gaviria Díaz Carlos.

101 M. P. Cifuentes Muñoz Eduardo. Mota N, Álvaro; Suelte C., Vanessa, Corrales S. María Estela, La importancia de la jurisprudencia en Colombia. Revisión sobre el concepto de línea jurisprudencial y nociones similares- Jurisprudencia y doctrina-, óp. cit., p. 93.

2.1. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL

En su libro *“La excepción se hace regla. El derecho judicial. El precedente judicial en el discurso de las fuentes del derecho”*, el doctrinante Luis Eduardo Montoya realiza un recuento de los que a su juicio representan los pronunciamientos más importantes de la Corte Constitucional sobre la cuestión de la obligatoriedad de los precedentes y el papel del juez en la creación de derecho. Las decisiones que a juicio del autor resultan fundamentales para la estructuración del desarrollo jurisprudencial de la Corte son las sentencias C-037 de 1996, SU-047 de 1999, C-252 de 2001 y C-836 de 2001¹⁰².

A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y tomando como apoyo el texto del autor mencionado, a continuación se realizará un breve ejercicio descriptivo de las decisiones más importantes de la Corte Constitucional sobre el origen hermenéutico y el desarrollo metodológico de una teoría del precedente judicial.

Desde sus inicios, la Corte Constitucional se preocupó por establecer cuál era el lugar de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano y destacar la importancia y trascendencia de la unificación de la jurisprudencia para lograr los fines del Estado Social de Derecho.

Fue así como en la sentencia C-104 de 1993¹⁰³, se explicó que mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio y sólo tienen un carácter de criterio auxiliar para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional, por lo que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.

En este pronunciamiento, si bien se señaló que los jueces son independientes y no es necesario que coincidan en sus apreciaciones, también se observó que la labor de unificación de jurisprudencia resultaba indispensable para lograr la unidad de un ordenamiento jurídico:

“En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país.

102 Montoya Medina Luis Eduardo, *La excepción se hace regla. El derecho judicial. El precedente judicial en el discurso de las fuentes del derecho*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2011, págs. 145-178.

103 Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Luego es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia”¹⁰⁴.

La Corte destacó que la uniformidad de la jurisprudencia es un medio para garantizar varios objetivos constitucionales, tales como:

- “1) Asegurar la efectividad de los derechos y colabora así en la realización de la justicia material –art. 2° C. P.–.
- 2) Procurar exactitud.
- 3) Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces –art. 83 C. P.–.
- 4) Unificar la interpretación razonable y disminuye la arbitrariedad.
- 5) Permitir estabilidad.
- 6) Otorgar seguridad jurídica materialmente justa”¹⁰⁵.

A partir de este fallo se comienza a distinguir metodológicamente las *obiter dictum* de la *ratio decidendi*, es decir, aquellos argumentos secundarios de la parte considerativa de la sentencia de aquel fundamento o razonamiento sin el cual la decisión (*decisum*) carecería de sentido¹⁰⁶. En aplicación del Decreto 2591 de 1991, que determina que la Corte Constitucional es juez competente para decidir cualquier modificación jurisprudencial, cuyo objetivo primigenio de esta cualificación corresponde a la necesidad de unificar las sentencias de revisión de tutela, articulando nuevamente el derecho a la igualdad como premisa normativa que debe ser tenido por el juez competente, “de tal manera que el derecho a ‘acceder’ igualitariamente ante los jueces implica no solo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares”¹⁰⁷ (el resaltado es del original). De la misma forma el Decreto 2067 de 1991, en su artículo 21, también ha dispuesto que las sentencias que profiere la Corte Constitucional de Colombia tienen el valor de cosa juzgada constitucional y vinculan a todas las autoridades responsables en la aplicación de la ley.

Posteriores pronunciamientos siguieron los mismos derroteros, tratando de forma muy tímida la necesidad de una jurisprudencia unificada. Sin embargo, no mucho tiempo después fue proferida la sentencia T-123 de 1995, que la

104 *Ibid*, p.11.

105 *Ibid*, p.11.

106 Sarmiento E., Juan Pablo, “Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho?”, en Revista Opinión Jurídica núm. 2, Universidad de Medellín, Medellín Colombia, 2012., p. 29.

107 Ver Sentencia C-104 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

La Corte Constitucional considera como el inicio del giro doctrinario en esta materia¹⁰⁸:

“Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-083 de 1995, M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia –criterio auxiliar de la actividad judicial– de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (C. P. art. 13)”¹⁰⁹.

Un siguiente paso se encuentra en la sentencia C-037 de 1996, por medio de la cual la Corte llevó a cabo el control de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de administración de justicia, que a la postre sería promulgada como Ley 270 de 1996. Para los efectos del presente análisis, debe destacarse que la versión original del artículo 48 del proyecto de ley contenía algunas expresiones que, a juicio de la Corte, implicaban contradicción con las normas constitucionales sobre el alcance de sus propias providencias. La siguiente es la redacción del artículo 48 que fue objeto de estudio:

“Artículo 48. *Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional.* Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

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

108 Véase por ejemplo la Sentencia C-252 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

109 Sentencia T-123 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”.

Los apartes subrayados fueron declarados inexecutable, pues se estimó que el texto original desconocía que conforme a las disposiciones de la Carta Política, la interpretación de las normas jurídicas que realiza la Corte tiene carácter obligatorio general.

Para fundamentar su decisión, la Corte explicó que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 243 de la Constitución política, las sentencias de constitucionalidad tienen efecto *erga omnes* y obligan para todos los casos futuros. Además aclaró que no solamente la parte resolutoria de las sentencias hace tránsito a cosa juzgada (artículo 243 de la Constitución) sino que también lo hacen, de forma implícita, los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia.

Por último, indicó que si bien las sentencias de tutela sólo tienen efectos *inter partes*, la doctrina que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución.

Como se observa, en un principio la Corte solamente aceptaba la fuerza vinculante del precedente respecto de las providencias dictadas por la Corte Constitucional, principalmente, aquellas dictadas en ejercicio del control de constitucionalidad.

No obstante lo anterior, pueden encontrarse decisiones de dicho período en las cuales el Tribunal Constitucional ya hacía referencia a un sistema de precedentes que integraba los pronunciamientos de otras autoridades judiciales. En la Sentencia C-447 de 1997, por ejemplo, se afirmó que “Todo tribunal (...) tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello se deriva no solo de elementales consideraciones de seguridad jurídica –pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles– sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez”¹¹⁰.

Posteriormente, la Corte Constitucional emitió la sentencia SU-047 de 1999, que para Montoya Medina resulta fundamental en la evolución hermenéutica de la Corte, en la medida en que en ella profundizó en las diferencias

110 Sentencia C-447 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

existentes entre los conceptos de *decisum*, *ratio decidendi* y *obter dicta*¹¹¹, sintetizados de la siguiente manera:

“Así, el *decisum* es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. En cambio constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”¹¹².

Según el citado autor, dicha distinción resalta el valor de las motivaciones de las providencias, aspecto fundamental en un sistema jurídico basado en los precedentes, en razón a que el juez constitucional debe ser consistente con sus decisiones previas y de esta forma salvaguardar la seguridad jurídica, la coherencia del ordenamiento jurídico y el respeto al principio de igualdad, todo lo cual conlleva también un control de la actividad jurisdiccional. Así pues, la importancia del precedente radica en que al desconocer la doctrina constitucional y la unificación de la jurisprudencia (así como la doctrina probable en la Corte Suprema de Justicia) se atenta contra el derecho de igualdad y la seguridad jurídica¹¹³.

Por su lado, en la sentencia C-037 de 2000¹¹⁴, la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 12 de la Ley 153 de 1887. En esta decisión, realizó algunas consideraciones sobre la “doctrina legal probable” y el principio de autonomía judicial, pero indicó que por regla general la jurisprudencia no vincula al juez, pues se trata meramente de un criterio auxiliar. Sin embargo, la Corte reiteró la fuerza vinculante de la parte resolutive de los fallos de constitucionalidad y de las motivaciones que guardan conexión inescindible con ella, es decir, la *ratio decidendi*.

Pese a que en principio las consideraciones realizadas en la decisión adoptada por la mayoría no constituyen un avance frente a la fuerza vinculante del precedente, el profesor Montoya Medina destaca que en el salvamento de

111 Ver también, sobre este asunto, a Herrera Llanos, Wilson, Régimen de la rama judicial colombiana, en: Revista de Derecho, Vol. 23, Barranquilla, Universidad del Norte, 2005, p. 364.

112 Sentencia SU-047 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, C. J. núm. 48.

113 Motta et al., óp. cit., p. 99.

114 M. P. Naranjo Mesa Vladimiro.

voto presentado por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, este expresó que “las sentencias de la Corte Constitucional [con inclusión de las adoptadas en sede de revisión de tutelas] poseen en principio el carácter de fuente de derecho y tienen prelación sobre la ley”¹¹⁵. En esta medida, la tesis planteada en la aclaración de voto de la sentencia C-037 de 2000 da un paso más en la elaboración de una teoría de análisis de precedentes, al extender la fuerza vinculante a las sentencias de tutela expedidas por la Corte Constitucional.

Ahora bien, en la sentencia C-252 de 2001¹¹⁶ (que revisó la constitucionalidad del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal) la Corte tuvo la oportunidad de retomar el desarrollo del debate sobre la teoría del precedente judicial y profundizar sobre el mismo, en los siguientes términos:

“4.1. Aproximación a la teoría del precedente judicial

(...) Esta sentencia propone un mecanismo concreto de disciplina jurisprudencial para Colombia. Este esfuerzo de rigor jurisprudencial ha de significar que en Colombia los jueces tienen una obligación positiva de atender los materiales legitimados en los cuales se expresa el derecho. Y uno de esos materiales es, ahora, la jurisprudencia que se viene a agregar a los ya tradicionales (Constitución y ley).

(...) La aceptación de un sistema de precedentes no riñe con la necesidad de adecuar la jurisprudencia acercando cada vez más las doctrinas jurídicas a la eficaz resolución de problemas reales. Antes bien, la disciplina jurídica que alienta el estricto seguimiento de las líneas jurisprudenciales establecidas por los altos tribunales, permite conocer con mayor certeza los alcances de los conceptos elaborados por las autoridades judiciales y, en esa medida, hace posible conocer hasta qué punto una línea de precedentes determinada se aplica a los nuevos hechos que se le presentan al juez.

4.1.3. Sobre el alcance de una teoría fuerte de precedentes

La inquietud que surge a esta altura del análisis tiene que ver con el alcance de la formulación de una teoría fuerte en materia de precedentes. Las posturas y decisiones reseñadas, aunque fraguadas en el escenario de la jurisdicción constitucional, son reflejo del debate que simultáneamente se ha surtido en diferentes

115 Montoya Medina Luis Eduardo, op. cit., p. 165

116 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

épocas en otras ramas del derecho nacional. De hecho, no puede perderse de vista que el asunto que ha suscitado las consideraciones de la Corte sobre esta materia, ha sido precisamente la expedición de una norma que integra el Código de Procedimiento Penal, que dota de fuerza vinculante a los antecedentes judiciales proferidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (artículo 10 de la Ley 553 de 2000: respuesta inmediata).

El razonamiento que ha llevado a la Corte Constitucional a adoptar la postura vigente en la materia, es decir, la necesidad de respetar los precedentes judiciales y fallar de igual forma aquellos casos que presentan identidad respecto del problema jurídico debatido, guarda, entonces, una estrecha relación con la defensa de principios esenciales del ordenamiento jurídico –i.e. seguridad jurídica, igualdad, adecuada motivación de las sentencias, unificación de jurisprudencia– que garantizan, a través del seguimiento de una línea jurisprudencial específica, la efectiva administración de justicia por parte del Estado a los particulares. (...)

4.2. Del renovado significado de la motivación de las providencias judiciales

Una de las consecuencias que se siguen de afirmar la necesidad de respetar los precedentes en materia judicial tiene que ver, indudablemente, con el renovado significado que adquiere la obligación del juez de motivar sus fallos. La necesidad de coherencia y uniformidad que se exige de los pronunciamientos judiciales que versan sobre hechos similares, no puede satisfacerse al precio de desconocer las particularidades de cada caso, o evitar un examen riguroso de los hechos –esencial dentro de la labor judicial– para determinar la procedencia de la reiteración de una línea específica de precedentes, o la conveniencia de apartarse de ella. Sobre estas materias, la disposición impugnada, inexplicablemente, guarda silencio”¹¹⁷.

En este punto se llega a la sentencia C-836 de 2001, en la cual la Corte Constitucional explicitó que el juez tiene el deber de tratar casos iguales de la misma manera, pues de conformidad con los postulados del Estado Social de Derecho, aquel tiene la función de “creador de principios jurídicos que permitan que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales”. En estos términos, el juez se encuentra en la obligación de fundamentar expresamente sus decisiones a partir de la jurisprudencia anterior.

117 *Ibid.*, p. 73

Sobre los casos en los cuales resulta procedente un cambio de jurisprudencia, la Corte precisó:

“17. En principio, un cambio en la legislación motivaría un cambio de jurisprudencia, pues de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (artículo 113) y vulneraría el principio democrático de soberanía popular (artículos 1º y 3º).

18. Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales”¹¹⁸.

Con lo anterior, la Corte reconoce que el carácter dinámico de la sociedad puede exigir a su vez cambios jurisprudenciales sin que se haya presentado una variación en la legislación aplicable a un caso concreto; estas consideraciones implican la posibilidad de que el juez se aparte del precedente judicial, siempre y cuando “tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular”¹¹⁹.

Las consideraciones realizadas por la Corte en la sentencia C-836 de 2001 también son importantes en la medida en que señalan que aun cuando no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios.

En el aspecto metodológico, la Corte destacó la importancia de la diferenciación entre las *rationes decidendi* y los *obiter dictum* a la hora de determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa a la hora de aplicar un precedente judicial:

118 Sentencia C-836 de 2001, Magistrado Ponente, Escobar Gil Rodrigo., p. 35

119 *Ibid*, p. 36

“Por supuesto, la definición general de dichos elementos no es unívoca, y la distinción entre unos y otros en cada caso no resulta siempre clara. Sin embargo, la identificación, interpretación y formulación de los fundamentos jurídicos inescindibles de una decisión son labores de interpretación que corresponden a los jueces, y principalmente a las altas Cortes. La *ratio decidendi* de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal y, por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las Altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto.

23. Con todo, los *obiter dicta* o dichos de paso no necesariamente deben ser descartados como materiales irrelevantes en la interpretación del derecho. En efecto, en muchos casos permiten interpretar cuestiones jurídicas importantes en casos posteriores que tengan situaciones de hecho distintas, aunque no necesariamente deban ser seguidos en posteriores decisiones. Así, puede ocurrir que carezcan completamente de relevancia jurídica, que contengan elementos importantes pero no suficientes ni necesarios para sustentar la respectiva decisión, que sirvan para resolver aspectos tangenciales que se plantean en la sentencia, pero que no se relacionan directamente con la decisión adoptada, o que pongan de presente aspectos que serán esenciales en decisiones posteriores, pero que no lo sean en el caso que se pretende decidir¹²⁰.

De acuerdo con lo expuesto por Montoya Medina, “el mayor activismo judicial de la Corte Constitucional se halla en las sentencias de tutela”¹²¹ toda vez que en su entender ha sido en el marco de su función de revisión de fallos de tutela en el cual ha desarrollado con mayor profundidad la necesidad de que los jueces sigan sus propios precedentes.

En este orden de ideas, pueden encontrarse múltiples sentencias de tutela en las que, en desarrollo de las consideraciones expuestas en sentencias como la C-836 de 2001, la Corte estructuró una teoría que da mayor valor al prece-

120 Ver la citada Sentencia C-836 de 2001.

121 Montoya Medina Luis Eduardo, op. cit., p. 167.

dente horizontal y reconoció la posibilidad de configuración de una violación del derecho a la igualdad cuando una autoridad judicial no atiende en casos similares sus propios precedentes.

Ejemplo de lo anterior es la sentencia T-688 de 2003¹²², en la cual la Corte señaló que “el respeto por el precedente, tanto horizontal como vertical, además de realizar el derecho a la igualdad, configura espacios de certeza y seguridad jurídica, que se traducen en confianza legítima del administrado frente a las actuaciones estatales”.

En el mismo sentido, la sentencia T-698 de 2004¹²³ indicó que “el derecho a la igualdad exige como presupuesto de aplicación concreta, el que las autoridades otorguen la misma protección y trato a quienes se encuentren en idéntica situación de hecho. Si un mismo órgano judicial modifica sin fundamento sólido sus decisiones, en casos que son sustancial y fácticamente iguales¹²⁴, se transgrede evidentemente este derecho”.

Con estos fundamentos, la Corte Constitucional aceptó la procedencia de la acción de tutela en aquellos casos en los que los jueces desconocen el precedente judicial, ya no solamente el denominado “precedente vertical”, sino el derivado de sus propios pronunciamientos en casos similares¹²⁵.

A partir de estos pronunciamientos, las Cortes, tribunales y jueces del país han venido reconociendo progresivamente la necesidad de integrar a sus decisiones el análisis del precedente judicial, circunstancia que en el ámbito de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se evidencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Es importante destacar que en la última década la tendencia de la Corte Constitucional es unificar todos los criterios anteriormente descritos en el concepto de precedente jurisprudencial como concepto de carácter vinculante y obligatorio para autoridades y particulares. Es decir, los anteriores criterios vinculantes descritos se han unificado en la figura del precedente. La definición dada por la Corte Constitucional es “el conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada al momento de dictar sentencia. Este antecedente

122 M. P. Montealegre Lynnet Eduardo.

123 M. P. Uprimny Yepes Rodrigo.

124 Sentencia C-104 de 1993, M. P. Martínez Caballero Alejandro.

125 Véase sobre todo la Sentencia C-590 de 2005, M. P. Córdoba Triviño Jaime. Léanse también las providencias T-330 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-292 de 2006, M. P. Cepeda Espinoza Manuel José; y T-049 de 2007, M. P. Vargas Hernández Clara Inés, entre muchas otras.

te está conformado sustancialmente por cada una de las *ratio decidendi* de las sentencias pertinentes, que son aquellas que se refieren a casos similares al que está siendo estudiado, y que se determinan de manera precisa por la correspondencia de la regla con el problema jurídico bajo estudio¹²⁶.

2.2. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL

A continuación se explica cuál ha sido la doctrina del precedente judicial obligatorio adoptada por el Consejo de Estado colombiano. El desarrollo de tal doctrina dista mucho de estar completa y, antes bien, se pretende demostrar, con tres líneas jurisprudenciales que se exhiben a modo de ejemplo, que la ausencia de método y la carencia de un mecanismo práctico que les permita a los magistrados y a los funcionarios sustanciadores acceder a la memoria institucional del Alto Tribunal han dificultado enormemente la carga argumentativa que debe cumplir el Consejo de Estado para apartarse del precedente en virtud del artículo 13 de la Constitución Política. Se verá al final que en ciertas materias el Consejo de Estado respeta más su precedente horizontal que en otras.

Así pues, este subcapítulo muestra lo siguiente: primero, la aceptación indirecta de la doctrina del precedente en virtud de la acción de tutela contra providencias judiciales; segundo, la aceptación explícita del precedente obligatorio en virtud de las sentencias de unificación que prevé el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011; y tercero, la breve narración de tres líneas jurisprudenciales que permiten ver cómo en algunos temas la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado respeta su propio precedente y en otros asuntos no. Estas líneas jurisprudenciales son sobre (i) la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos que imponen sanciones disciplinarias; (ii) las competencias del juez administrativo frente a los actos administrativos que imponen sanciones disciplinarias; y (iii) la prevalencia del principio de la realidad sobre las formalidades en el caso de los contratistas de prestación de servicios de algunas entidades estatales.

2.2.1 ACEPTACIÓN INDIRECTA DE LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE EN EL DEBATE DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La superación de la teoría de las vías de hecho, que hasta entonces era el motivo legitimador de la interposición de la acción de tutela contra decisiones judiciales, obedecía esencialmente a que, según la Corte Constitucional¹²⁷,

126 Lancheros-Gómez, Juan Carlos, “El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa. Síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional”, en *Revista Dikaion*, Vol. 1, Núm. 23, Chía, 2012, p. 179.

127 Ver, para la explicación que sigue, Sentencia C-590 de 2005, M. P. Córdoba Triviño Jaime. También se

la tutela no solo procede contra las actuaciones que grosera y burdamente se salen de los parámetros constitucionales y legales, sino en general contra cualquier decisión que vulnere los derechos fundamentales. Superar esta noción implicaba pues abrir el espectro de situaciones que legitimaban la interposición de la tutela contra una providencia judicial¹²⁸ y, en ese orden de ideas, mejorar el control constitucional de la función jurisdiccional, sin que se elimine el carácter residual y excepcional de ese recurso judicial.

La cuestión es que, de todas formas, para garantizar el carácter excepcional de la acción de tutela, resultaba indispensable el establecimiento de criterios jurídicos rigurosos, de modo que quien estuviera interesado en controvertir, por la vía de la tutela, lo dispuesto en una providencia judicial tendría que superar fácticamente (y argumentativamente) una serie de requisitos concurrentes, que funcionan así a modo de filtro, a los cuales se les denominó “requisitos generales de procedibilidad”, y son los siguientes:

- a) Que la cuestión que se discuta sea de evidente relevancia constitucional.
- b) Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable para el derecho fundamental.
- c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable a partir del hecho que originó la violación del derecho.
- d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que esta tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna.
- e) Que el demandante en sede de tutela identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados. Esta vulneración tuvo que haberse alegado en el proceso judicial, sobre la base de que haya sido posible hacerlo.
- f) Que no se trate de sentencias de tutela.

Estos requisitos deben ser verificados por el operador jurídico en el caso que se resuelve en la acción de tutela, es decir, que deben concurrir para poder pasar el filtro. Posteriormente, el análisis judicial debe recaer en el cumplimiento de alguno de los diversos “requisitos específicos de procedibilidad” desarrollados por la misma Corte. A diferencia de los requisitos genéricos mencionados atrás, estos específicos no deben ser concurrentes, porque no se trata, como en

recomienda la lectura del ya clásico texto sobre este tema del profesor Quinche Ramírez Manuel Fernando, *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales*, Bogotá, Librería Jurídica Ibáñez, Quinta edición, 2009.

128 *Ibid.*, Consideración Jurídica núm. 127.

aquellos, de habilitar la procedencia de la acción de tutela, sino de justificar y demostrar la procedencia del amparo constitucional. De esta manera, la Corte sostiene en el citado fallo que “para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican”¹²⁹.

En diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional previos¹³⁰ a la sentencia C-590 de 2005, coincide en que los requisitos específicos son los siguientes¹³¹:

- a) *Defecto orgánico*. Se presenta cuando el funcionario judicial que profiere la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b) *Defecto procedimental absoluto*. Se origina cuando el juez actúa completamente al margen del procedimiento establecido, lo cual debe estar motivado en un error manifiesto contrario al debido proceso.
- c) *Defecto fáctico*. Este surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, y puede deberse a (i) omisión en la práctica de pruebas; (ii) su errada interpretación; y (iii) su ineptitud e ilegalidad.
- d) *Defecto material o sustantivo*. Se presenta cuando el juez profiere su decisión con base en normas que (i) son inexistentes; (ii) han sido derogadas o declaradas inconstitucionales; (iii) están vigentes y son constitucionales en abstracto, pero resultan inconstitucionales al caso concreto (por la excepción de inconstitucionalidad); (iv) están vigentes y son constitucionales, pero son incompatibles con la materia tratada; (v) se aplican al margen de las precisiones constitucionales formuladas en el precedente constitucional; y (vi) se deja de aplicar una norma que era directamente aplicable al caso.
- e) *Error inducido*. Este defecto se ha denominado también *vía de hecho por consecuencia*, consiste en el evento en que el juez fundamenta su decisión en una valoración fáctica inducida por la actuación inconstitucional de otros órganos estatales, que vulnera derechos fundamentales. El alto Tribunal, en la sentencia C-590 de 2005 tantas veces citada, lo dice de esta manera: *“Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una*

129 Sentencia C-590 de 2005, M. P. Córdoba Triviño Jaime, pp. 27-29

130 Ver, entre otras, las Sentencias T-949 de 2003, M. P. Montealegre Lynett Eduardo; T-774 de 2004, M. P. Cepeda Espinosa Manuel José; T-315 de 2005, C-590 de 2005, T-066 de 2006, todas con ponencia de Jaime Córdoba Triviño; T-732 de 2006, M. P. Cepeda Espinosa Manuel José; y T-808 de 2007, M. P. Botero Marino Catalina.

131 Ver a Martínez Mauricio, La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial, la tutela contra providencias judiciales en Colombia y España, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009, Pág. 194.

*decisión que afecta derechos fundamentales*¹³².

f) *Decisión sin motivación.* Acá se evidencia el incumplimiento del operador jurídico de fundamentar y argumentar sus decisiones, lo cual es esencial en un Estado de derecho.

g) *Desconocimiento del precedente.* Este defecto se causa cuando las Cortes establecen el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente tal alcance. En estos casos el amparo procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental quebrantado. La sentencia T-1031 de 2001 versa, en gran medida, sobre este particular evento. El veredicto de la Corte fue el siguiente, sobre la limitación de los jueces en la interpretación del derecho:

“(...) no puede sostenerse que la autonomía judicial equivalga a libertad absoluta de los jueces para interpretar el derecho. Por el contrario, de la Constitución surgen tres restricciones igualmente fuertes: el respeto por la corrección dentro del sistema jurídico y la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales; la jurisprudencia de unificación dictada por las altas Cortes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional”.

h) *Violación directa de la Constitución.* En este caso, lo que sucede es que el operador jurídico interpreta una norma en contra de la Carta Política o se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando ha mediado solicitud expresa dentro del proceso.

Ahora bien, en el Consejo de Estado se han mantenido disímiles posturas respecto a la procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales, con una evidente tendencia a negar el amparo constitucional. Esta situación explica las fuertes reacciones de algunos de sus Magistrados cuando la Corte Constitucional profirió la referida sentencia C-590 de 2005¹³³. Sobre este punto debe tenerse en cuenta que para la Corte, dentro de las providencias susceptibles de impugnación por la vía de la tutela, se encuentran las sentencias de las Altas Corporaciones Judiciales, dentro de las cuales se encuentra desde luego el Consejo de Estado¹³⁴.

132 *Ibid*, p.27

133 Ejemplo de esto, puede encontrarse en la aclaración de voto del magistrado Ordóñez Maldonado Alejandro a la sentencia de la Sección Segunda del 7 de julio de 2005, Expediente 2005-00483-00, M. P. Olaya Forero Ana Margarita. Otro ejemplo, puede verse en la sentencia del 17 de noviembre de 2005, M. P. Ortiz Barbosa María Inés, Exp. 2004-01623-01.

134 La mejor exposición de la evolución del debate relativo a la acción de tutela contra providencias judiciales dentro del Consejo de Estado, la hizo el abogado Bazurto Barragán Julián Camilo en su tesis de grado

No obstante lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de Sala Plena del 31 de julio de 2012¹³⁵, modificó de forma radical su línea jurisprudencial sobre este asunto y aceptó, por primera vez de forma mayoritaria, que esta acción constitucional sí es procedente para controvertir providencias que resulten contrarias a los derechos fundamentales. Al respecto, este fallo comenta lo siguiente:

“(…) si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente”¹³⁶.

Ahora bien, en ninguna parte de esta decisión se menciona cuáles son los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia. Se mencionan, sí, algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre los que se encuentra la sentencia C-590 de 2005. Por esto, podría entenderse que cuando el Consejo de Estado dispuso que en adelante se observarán “los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente”, está refiriéndose a los parámetros desarrollados por la Corte Constitucional que fueron enunciados previamente, incluyendo la posibilidad de impugnar, por vía de tutela, las decisiones de las Altas Cortes.

El magistrado de la Sección Quinta Alberto Yepes Barreiro entiende lo mismo en su aclaración de voto de la citada sentencia, puesto que, además de asentir claramente que esta providencia constituye una sentencia de unificación en los términos del artículo 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, afirma lo siguiente respecto de los criterios jurisprudenciales relativos a la tutela contra providencias judiciales:

de la Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Para profundizar en este asunto se recomienda su lectura. Ver *Reconstrucción del debate sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en el Consejo de Estado*. Trabajo final de grado para optar al título de Magíster en Derecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012, págs. 173 en adelante. Ver también a Fredy Andrei Herrera Osorio, *Tutela contra providencias judiciales: reconstrucción de un debate*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014.

135 M. P. Dra. García González María Elizabeth. Exp. 2009-01328-01.

136 *Ibid*, p. 5

“El carácter unificador del fallo en comento, por si existe duda, no solo se deduce de su texto literal, sino de la aplicación del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, hoy vigente, que expresamente señala que se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o hubiera proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o por necesidad de sentar o unificar jurisprudencia, entre otras. Se recuerda, la Sala Plena decidió fallar el proceso de la referencia no solo por su importancia jurídica sino por la necesidad de unificar el tema de la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, como textualmente lo indica el fallo de la referencia.

(...) Lo primero que se advierte es que el fallo de la Sala Plena se limita a señalar que el estudio de fondo en los casos de providencia judicial se hará ‘observando los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente’. Esa afirmación de la sentencia solo puede tener una interpretación posible: el análisis de los casos de tutela contra providencia judicial sometidos a conocimiento del Consejo de Estado tendrá que seguir la doctrina constitucional que, a la fecha, ha fijado la Corte Constitucional.

La razón de este aserto se funda en que es palmario que en el Consejo de Estado no hay jurisprudencia sobre la materia, precisamente porque siempre ha prevalecido la tesis según la cual no hay tutela contra providencia judicial. Por sustracción de materia, entonces, es imposible que la sentencia de la Sala Plena se refiera a unos parámetros jurisprudenciales que no existen en la Corporación, hecho que se quiso dejar claramente expuesto en el recuento que hizo el fallo en el capítulo sobre evolución de la acción de tutela en el Consejo de Estado.

En síntesis, la única interpretación válida del texto de la sentencia es que los parámetros a los que ella se refiere no son otros que aquellos que ha venido fijando la Corte Constitucional en la materia. En otros términos, la alusión se hace a esa construcción de criterios que desde el año 1992 empezó a elaborar el máximo tribunal de lo constitucional hasta llegar a unas reglas claras y precisas según las cuales existen unos requisitos generales y específicos para la procedencia del amparo constitucional frente a providencias judiciales, lineamientos que actualmente se encuentran sintetizados en la sentencia C-590 de 2005¹³⁷.

137 Ver también a Bazarro Barragán Julián Camilo, Reconstrucción del debate sobre la procedibilidad de la

Así pues, la adopción de la doctrina de la obligatoriedad del precedente en el Consejo de Estado colombiano es indirecta si se tiene en cuenta que después de la citada sentencia del 31 de julio de 2012 se ha admitido la posibilidad de interponer la acción de tutela contra providencias judiciales –incluidas las del mismo Consejo de Estado– cuando la decisión impugnada desconoce el precedente, que es uno de los requisitos específicos de procedibilidad fijados por la Corte Constitucional¹³⁸.

2.2.2 LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE EN EL CONSEJO DE ESTADO DESDE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 270 DE LA LEY 1437 DE 2011

Con ocasión de la entrada en vigencia del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado reconoció la importancia de la figura de la extensión de jurisprudencia como eje fundamental para la efectividad de los derechos constitucionales y de los principios de seguridad jurídica, coherencia e igualdad en la solución de asuntos administrativos y judiciales. En atención a lo anterior, la Sala realizó un estudio cuyo objetivo principal fue identificar las sentencias de unificación emitidas por esa Corporación entre los años 1991 y 2012, así como establecer cuáles de ellas permiten activar el mecanismo de extensión jurisprudencial¹³⁹.

Para esta labor se llevó a cabo un ejercicio de documentación en la relatoría, el Sistema Siglo XXI y las secretarías de las secciones del Consejo de Estado, con el objetivo de encontrar las providencias emitidas entre 1991 y 2012 ubicadas en los siguientes grupos:

- Sentencias de importancia jurídica, trascendencia económica y social proferidas por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

acción de tutela contra providencias judiciales en el Consejo de Estado, óp. cit., p. 180.

138 Esta postura ha sido reiterada por las diferentes secciones del Consejo de Estado en los últimos años, en pronunciamientos entre los cuales pueden mencionarse a modo de ejemplo los que a continuación se relacionan, en los cuales se determinó que los jueces habían incurrido en desconocimiento del precedente judicial: Sentencias de 23 de enero de 2014 (11001-03-15-000-2013-02054-00), 13 de febrero de 2014 (11001-03-15-000-2013-02489-00), 15 de mayo de 2014 (11001-03-15-000-2013-02125-01), 31 de julio de 2014 (11001-03-15-000-2014-00861-00), 14 de agosto de 2014 (11001-03-15-000-2014-01604-00), 11 de septiembre de 2014 (11001-03-15-000-2014-01820-00), 16 de octubre de 2014 (11001-03-15-000-2014-01520-00), 30 de octubre de 2014 (11001-03-15-000-2014-01252-00), 20 de noviembre de 2014 (11001-03-15-000-2014-00708-01), 20 de noviembre de 2014 (11001-03-15-000-2014-02706-00), 16 de diciembre de 2014 (11001-03-15-000-2014-02810-00), 22 de enero de 2015 (11001-03-15-000-2014-02861-00), 27 de enero de 2015 (11001-03-15-000-2014-03251-00), 19 de febrero de 2015 (11001-03-15-000-2014-01349-01), 19 de marzo de 2015 (11001-03-15-000-2015-00340-00), 16 de abril de 2015 (11001-03-15-000-2015-00340-00), 29 de abril de 2015 (11001-03-15-000-2015-00380-00) y 5 de octubre de 2015 (11001-03-15-000-2015-02207-00). Llamen la atención principalmente las sentencias de 22 de enero y 5 de octubre de 2015, en las cuales el Consejo de Estado declaró que los jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encontraban sujetos a los criterios jurisprudenciales fijados por decisiones de la Corte Constitucional.

139 República de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (con el auspicio del Ministerio de Justicia y del Derecho), Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de jurisprudencia, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2014.

- Sentencias que deciden recursos extraordinarios.
- Sentencias relativas al mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo.

Como herramienta para la sistematización y depuración de la información recopilada, se utilizó un esquema de ficha técnica de análisis jurisprudencial que, además de los datos básicos de cada pronunciamiento, incorporó la información relevante sobre el cumplimiento de los requisitos de la extensión de jurisprudencia.

En el marco de esta tarea se consultaron más de 35.000 archivos y se identificaron 4.000 registros que formalmente correspondían a los criterios fijados por el Consejo de Estado. Igualmente, se encontraron 650 sentencias de unificación y 97 que cumplían los requisitos para la aplicación del mecanismo de extensión de jurisprudencia.

Más allá del desarrollo y conclusiones de la investigación adelantada por la Sala de Consulta y Servicio Civil, para efectos del presente documento, se destaca este como uno de los esfuerzos más importantes para hacer tangible y efectivo un sistema de precedente jurisprudencial en la jurisdicción contencioso administrativa.

Otro aspecto digno de mención es que la misma Corporación se refiere a los retos y dificultades que se presentaron en el momento de adelantar la identificación de las sentencias que se pueden considerar de unificación, consistentes en la inexistencia de archivos magnéticos, la falta de información en el Sistema Judicial Siglo XXI y la ausencia de sistematización en las bases de datos de las relatorías¹⁴⁰.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado advierte que el objetivo de garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad no corresponde únicamente a los jueces, pues las autoridades administrativas también tienen el deber de seguir en sus decisiones los precedentes de las distintas jurisdicciones; de esta forma el mecanismo tendría incidencia en la protección de derechos en sede administrativa, la reducción de los litigios y la garantía de coherencia en la aplicación de las normas¹⁴¹.

Finalmente, resulta relevante señalar que el Consejo de Estado observa que aun las sentencias que no son de unificación tienen valor como precedente

140 *Ibíd.*, pp. 13 y 54.

141 *Ibíd.*, págs. 21, 23 y 36. Sobre el desarrollo doctrinal sobre este particular, especialmente en Chile, donde es necesario indicar que no existe un desarrollo significativo de la doctrina del precedente judicial, pueden consultarse las siguientes fuentes: Céspedes Proto, Rodrigo, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, No. 1 (Enero / Marzo 2001), págs. 149 a 159; Soto Kloss, Eduardo, "Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, No. 2 (Abril / Junio 1999), págs. 399 a 403.

jurisprudencial y resultan obligatorias para las autoridades administrativas¹⁴².

3. EL CARÁCTER VINCULANTE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL

En el anterior indicador se expuso brevemente la evolución de la doctrina del precedente en Colombia tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado. Ahora, también debe mencionarse que ese curso evolutivo enfatiza que la técnica del precedente garantiza la seguridad jurídica como principio esencial en el Estado de Derecho. “Si los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al interpretar el sentido y alcance de la Constitución no fueran obligatorios para todos (autoridades y particulares), lo que quedaría en tela de juicio sería la integridad de la Constitución”¹⁴³. Por esta razón, si un operador jurídico no aplica el precedente establecido, estaría violando el principio de igualdad en la aplicación de la ley y afectaría la previsibilidad jurídica que caracteriza al Estado de Derecho¹⁴⁴.

Como lo explica Lancheros-Gámez, la Corte Constitucional hizo la distinción entre “doctrina constitucional integradora, constituida por aquellos pronunciamientos de la Corte que suplen lagunas normativas, es decir, cuando no existen desarrollos legales o reglamentarios que permitan dar solución a un problema sin acudir directamente a la Constitución y a la doctrina constitucional interpretativa, conformada por las demás sentencias. En todo caso, las sentencias de control de constitucionalidad, por hacer tránsito a cosa juzgada constitucional, no pertenecen a esta última”¹⁴⁵. El efecto práctico de estas distinciones llevó a que el precedente jurisprudencial sea de carácter obligatorio y vinculante no solo frente a las sentencias de constitucionalidad, sino también respecto de los fallos de tutela, cuyas disposiciones (*ratio decidendi*) deberían ser seguidas por los jueces de inferior jerarquía en la resolución de casos similares¹⁴⁶⁻¹⁴⁷.

Ahora bien, el carácter vinculante del precedente no es una hipótesis pacífica dado que en Colombia existen posiciones doctrinarias disímiles sobre el precedente jurisprudencial, y en la práctica judicial algunos jueces hacen un seguimiento parcial de la jurisprudencia, efectúan citación sin ningún tipo de relación y confunden los argumentos secundarios de las sentencias que citan con la *ratio decidendi*. Por esta razón se hace necesario la unificación del uso del precedente jurisprudencial constitucional por parte de las Altas Cortes, el

142 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (con el auspicio del Ministerio de Justicia y del Derecho), Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de jurisprudencia, Op. cit., p. 41.

143 Lancheros- Gámez, Juan Carlos, Op. cit., p. 169.

144 Ibíd.

145 Lancheros- Gámez, Juan Carlos, óp. cit., p. 170.

146 Lancheros- Gámez, Juan Carlos. óp. cit., p. 170.

147 Sarmiento E., Juan Pablo. óp. cit., p. 76. Ver Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999, óp. cit.

fortalecimiento de las relatorías, sumado a otros problemas fácticos, especialmente en la Corte Suprema de Justicia, donde la jurisprudencia de las salas es disímil de la jurisprudencia de la Sala Plena¹⁴⁸.

4. DIMENSIÓN VERTICAL Y HORIZONTAL DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL

Este indicador de estudio es fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano y demuestra el debate de la vinculatoriedad y obligatoriedad del precedente jurisprudencial. Es claro que la jurisprudencia constitucional que interpreta el contenido la Constitución se impone en la práctica como obligatoria, “pues ante sentencias de jueces de inferior jerarquía que contravinieran su posición, era la interpretación de la Corte la que prevalecía si: i) las circunstancias de tiempo, modo y lugar no justificaban la necesidad de una distinción interpretativa; ii) los argumentos propuestos no convencían a la Corte de recoger y modificar su posición”¹⁴⁹.

Ahora bien, como se ha podido ver, las características del uso del precedente jurisprudencial han sido definidas esencialmente por la Corte Constitucional colombiana, que ha establecido los criterios referentes a cuándo el precedente es obligatorio y a la forma como la misma Corte Constitucional se puede apartar de él. Sin embargo, dado que el uso obligatorio del precedente jurisprudencial se deriva de un complejo sistema dogmático que ha sido desarrollado por este Tribunal, muchas veces los jueces inferiores no lo tienen en cuenta en su práctica cotidiana del Derecho. Esto se evidencia, por ejemplo, en la forma indistinta de cómo se usan los conceptos de “jurisprudencia”, “doctrina constitucional”, “precedente” y “línea jurisprudencial”¹⁵⁰.

Quizás a causa del liderazgo de la Corte Constitucional, los Tribunales que encabezan las diferentes jurisdicciones (como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado) en los últimos años han venido utilizando los términos “línea jurisprudencial” o “precedente” en el sentido de una técnica que orienta y vincula al mismo tiempo a los operadores jurídicos de menor jerarquía en la resolución de casos futuros sustancialmente iguales¹⁵¹. No obstante, en el contexto sociojurídico el uso del precedente jurisprudencial en Colombia no es claro. Por ejemplo, en los foros judiciales colombianos sobre la materia de estudio se han encontrado diferentes acepciones acerca de conceptos como “jurisprudencia”, “precedente”, “línea jurisprudencial” y “jurisprudencia unificada”, por parte de magistrados,

148 Motta N, Alvaro; Suelte C., Vanessa, Corrales S. María Estela, óp. cit., p. 101.

149 Lancheros- Gámez, Juan Carlos, óp. cit., p. 176.

150 *Ibíd.*, p. 116.

151 *Ibíd.*, p. 116.

jueces, relatores de las Cortes y académicos en la práctica jurídica¹⁵².

Desarrollando estos diferentes conceptos, que se encuentran en el sistema jurídico colombiano, como lo demostró el estudio de la *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit* (GIZ) del año 2012, para la generalidad de magistrados la jurisprudencia es el conjunto de pronunciamientos sobre un mismo tema exclusivo para las Altas Cortes; en contraste, los académicos jurídicos aducen que la jurisprudencia es un conjunto de fallos de los jueces de cualquier instancia o jerarquía según lo estipulado en el artículo 230 de la Constitución Política¹⁵³.

Por otro lado, en cuanto al precedente, los magistrados del Consejo de Estado (antes de 2012) y de la Corte Suprema de Justicia expresaron que no se utiliza ni siquiera en la motivación de sus providencias. Para estas Altas Cortes el precedente jurisprudencial se define como un conjunto de decisiones previas de casos análogos. En comparación, este criterio no se comparte por la Corte Constitucional y el sector académico, que consideran que el precedente es una sentencia o posición jurídica frente a determinados hechos y es de obligatorio cumplimiento para los jueces y Tribunales Superiores¹⁵⁴.

La *línea jurisprudencial* es definida por los magistrados del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura como ejes temáticos y filosóficos; además, es entendida como una herramienta para identificar la evolución del sentido de los fallos existentes sobre determinados patrones fácticos. En comparación, la academia define la línea jurisprudencial como un procedimiento científico para encontrar la regla vigente y para elaborar una narrativa jurídica¹⁵⁵.

No obstante, la *jurisprudencia unificada* es el concepto que cuenta con más reconocimiento y goza de mayor claridad en todos los sectores jurídicos colombianos¹⁵⁶, posiblemente gracias a la definición contenida en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), que hace referencia a la sentencia que profiere un órgano de cierre (Alta Corte) que unifica las diversas posiciones y determina su futura aplicación¹⁵⁷.

152 Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (Giz) GmbH, Memorias del Foro sobre la Construcción de la jurisprudencia en Colombia, Bogotá, agosto 1 y 2 de 2012, 2012, p. 153.

153 *Ibíd.*, p. 76.

154 *Ibíd.*, p. 76.

155 *Ibíd.*, p. 76.

156 *Ibíd.*, p. 73.

157 El artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano (Ley 1437 de 2011), dispone lo siguiente: "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 síntesis, el estudio sociojurídico de la GIZ demuestra que las Altas Cortes en Colombia entienden de forma diferente el precedente jurisprudencial¹⁵⁸, circunstancia que reitera la necesidad de implementar una disciplina del precedente en toda la Rama Judicial del Poder Público, así como una metodología para la indagación y determinación de cuáles fragmentos de una providencia judicial constituyen precedente (son *ratio decidendi*) y cuáles son simplemente un criterio auxiliar para la administración de justicia (son *jurisprudencia* al tenor del artículo 230 constitucional, es decir, *obiter dictum*). Si tal necesidad se satisface, las ventajas operacionales serían inmensas para el funcionamiento de la Rama. Por ejemplo, los jueces tendrían la posibilidad de tomar rápida y oportunamente las decisiones judiciales, acudiendo a bases de datos que cuenten con un sólido sistema de búsqueda del precedente aplicable a los casos concretos; de igual manera, una teoría del precedente vinculante evitaría que se adopten decisiones dispersas y contradictorias, protegiendo así la seguridad jurídica y el principio de igualdad¹⁵⁹.

Para implementar una doctrina del precedente que cumpla con esas expectativas, que sea coherente con el sistema jurídico colombiano, y que respete por tanto la legitimidad democrática de las fuentes del Derecho, resulta indispensable identificar primero cuáles son las características de la forma en que, cotidianamente, se indaga *la jurisprudencia* tanto por los jueces como por los litigantes y contrastarla con las propuestas académicas existentes sobre tal problemática. Así, como se verá en el siguiente capítulo, se puede empezar afirmando que tradicionalmente la manera en que se elaboran las *líneas jurisprudenciales* es bajo el influjo del conceptualismo, en el cual no importan tanto los hechos materiales de un caso, ni la *ratio decidendi* de una sentencia, como los fragmentos generales e impersonales que una providencia judicial tiene sobre un tema en abstracto (como “el debido proceso” o “el derecho a la igualdad”)¹⁶⁰.

Esta forma de buscar la jurisprudencia aplicable a un caso, que prescinde de la importancia de los hechos, de las pretensiones procesales y de la argumen-

en las que se interpreten y apliquen dichas normas.” Cuando se hizo el examen de constitucionalidad de esta norma, la se determinó que era exequible siempre y cuando se tuviera en cuenta que las autoridades deben también aplicar las sentencias de la Corte Constitucional que fueran aplicables, sin perjuicio de la aplicación de las sentencias de constitucionalidad, que tienen efectos erga omnes. Ver Sentencia C-634 de 2011, M. P. Vargas Silva Luis Ernesto.

158 Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (Giz) GmbH, óp. cit., p. 83.

159 Ver, en el mismo sentido, a Younes M., Diego, Líneas jurisprudenciales y la descongestión judicial, en Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (Giz) gmbh, Memorias del Foro sobre la Construcción de la jurisprudencia en Colombia. Bogotá, agosto 1 y 2 de 2012, 2012, p. 53.

160 Ver a López Medina Diego Eduardo, El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial, Bogotá, Legis, 2006; también ver a Uprimny Rodrigo, Fuentes Adriana, Botero Catalina y Jaramillo Juan Fernando, Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005), Bogotá, Legis, Andiaris, Konrad Adenauer Stiftung, 2006. Ambos textos serán objeto de análisis en el desarrollo del siguiente indicador, es decir, el referente a la metodología del precedente en Colombia.

tación de las sentencias, es la que ha sido adoptada por las relatorías de las altas corporaciones judiciales colombianas¹⁶¹, y es ese quizás el primer asunto que tendría que replantearse, o como mínimo redefinirse, para llegar a buen puerto. De hecho, es precisamente esa concepción sobre la indagación jurisprudencial la que explica que pese a que el Consejo de Estado ha adoptado la doctrina del precedente, en la práctica lo que sigue sucediendo (al menos en la Sección Segunda, y no en todos los casos, como se vio anteriormente) es que lo desconoce, pues no siempre aplica una metodología que le permita identificar cuál es la *ratio decidendi* de una sentencia previa, ni siempre hay una indagación acerca de los hechos materiales de un caso, o de las particularidades procesales que hacen de un caso igual o diferente a otro. Y esta idea acerca de la jurisprudencia, en fin, es la que sustenta el refrán que se reproduce entre litigantes, servidores públicos y jueces por igual según el cual “en Colombia hay jurisprudencia para todo”.

En este sentido, lo que diferencia a la Corte Constitucional de las demás Altas Cortes frente al tema del precedente es que si bien su relatoría también está influenciada por el conceptualismo antes aludido, también es cierto que se ha preocupado por desarrollar una metodología argumentativa que le permita distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, como se pudo ver en su momento. Un buen resumen de la metodología que usa la Corte puede leerse en la sentencia SU-053 de 2015, en la cual menciona lo siguiente:

“(...) esta Corporación fijó los parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente (...): i) que en la *ratio decidendi* de la sentencia anterior se encuentre una *regla jurisprudencial* aplicable al caso a resolver; ii) que esta *ratio* resuelva un *problema jurídico semejante* al propuesto en el nuevo caso y iii) que los *hechos del caso sean equiparables* a los resueltos anteriormente.

De no comprobarse la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un conjunto de sentencias anteriores constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación al mismo”¹⁶². (Negrillas del original).

Por lo anterior, resulta tan importante exponer y sintetizar cuáles son las propuestas críticas que la doctrina ha desarrollado acerca del precedente y acerca de la metodología que debería utilizarse para su indagación. De este tema versa el siguiente capítulo.

161 Ver, para el efecto, los libros citados en el pie de página anterior.

162 M. P. Ortiz Gloria Stella, C. J. núm. 18.

5. METODOLOGÍA DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA. AUTOR DAVID ERNESTO OSPINA ALFARO

En Colombia, las investigaciones realmente interesantes desde esa perspectiva metodológica, además de plantear técnicas o desarrollar teorías para la obtención hermenéutica del precedente de una sentencia individualmente considerada, deberían (i) tratar de superar la aparente contradicción entre el hecho de que el artículo 230 de la Constitución Política de 1991 establezca la jurisprudencia como un mero “criterio auxiliar” de la actividad judicial y el hecho de que cada vez más tanto los operadores jurídicos como la academia ubican esa misma jurisprudencia dentro de las fuentes formales del Derecho; y (ii) desenvolver los mecanismos que permitan ubicar ese precedente individual (esa *ratio decidendi*) en un contexto histórico determinado, además de ofrecer herramientas útiles para la búsqueda de aquella subregla y de sus reiteraciones. En estos dos ámbitos la literatura es más bien escasa.

Frente al primer tema, es válido afirmar que la Corte Constitucional colombiana, y algún sector de la doctrina, ha desarrollado una hermenéutica que permite interpretar el artículo 230 de la Constitución atribuyéndole obligatoriedad jurídica al precedente y al mismo tiempo reconociendo el carácter auxiliar que tiene la *jurisprudencia* dentro del sistema de fuentes en Colombia. Los elementos más relevantes de esta metodología ya se desarrollaron en el subtítulo “b) *El artículo 230 de la Constitución Política y el papel de la jurisprudencia en Colombia*”, de la primera parte del presente capítulo, por lo que sobraría repetirlos en este espacio.

El otro aspecto que debería ser profundizado en un análisis sobre la metodología del precedente judicial es la ubicación de cada *ratio decidendi*, individualmente considerada, en un contexto histórico, que permita al investigador hacer una narración técnica, cronológicamente detallada, de la evolución de esa misma *ratio*. En este sentido, debe decirse que trabajos que cuenten con tal enfoque son contados en Colombia. El primero y más famoso es el del profesor Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*¹⁶³, que en términos prácticos es un libro de historia del Derecho, del derecho que escriben los jueces, a partir de las elaboraciones intelectuales propias del sistema jurídico anglosajón (*common law*), que han sido importadas por la Corte Constitucional, y a partir de ella por la doctrina del país, para adaptarlas a las necesidades de la teoría del Derecho local¹⁶⁴. Ejemplo de ello es, precisamen-

163 Bogotá, Legis, 2006.

164 En esta medida, el del profesor Medina Diego López es esencialmente un libro de historia del Derecho con vocación práctica, y que puede estar inserto dentro de la idea de la historia jurídica del tiempo presente. Ver, sobre esta noción, a Borja Alvarado Marcela Patricia, “El avance de los estudios del Derecho hacia la historia del Tiempo Presente”, en Bernd Marquardt (Coord.), *Constitucionalismo Científico*. El Estado

te, la identificación del concepto de *ratio decidendi* con conceptos similares e incluso equiparables, como *cosa juzgada constitucional implícita*¹⁶⁵.

Otra investigación, destacable por su rigor científico, es la elaborada por Rodrigo Uprimny Yepes, Catalina Botero, Adriana Fuentes y el fallecido profesor Juan Fernando Jaramillo, titulada *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*. En este trabajo, sus autores desarrollan una metodología de análisis dinámico del precedente jurisprudencial que tiene vocación histórica (aunque no necesariamente retrospectiva, como en el caso de DIEGO LÓPEZ) y lo aplican para el estudio del derecho fundamental de la libertad de prensa en Colombia.

Por otro lado, la metodología que proponen estos autores, en conjunto con algunos de los postulados del profesor Diego López, va a servirle a la profesora María Rosalba Buitrago Guzmán para plantear una interesante y novedosa propuesta, también metodológica, de análisis del precedente tanto en la Corte Constitucional como en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁶, que inicia con las particularidades procesales de cada providencia jurisdiccional.

Por lo anterior, el plan expositivo sobre los avances de la metodología del precedente en Colombia será del siguiente tenor: en primer lugar, se expondrá un resumen de los planteamientos básicos del libro *El derecho de los jueces*, de Diego López Medina; a renglón seguido, se hará una síntesis de lo expuesto por Rodrigo Uprimny Yepes *et al.* en el referido documento, *Libertad de Prensa y Derechos Fundamentales (...)*; y después se hará una breve mención de los argumentos utilizados por María Rosalba Buitrago Guzmán en su tesis de maestría sobre la metodología del precedente frente a las sentencias de la Corte Constitucional y respecto del recurso extraordinario de casación laboral.

5.1. LA METODOLOGÍA DEL PRECEDENTE SEGÚN EL PROFESOR DIEGO LÓPEZ MEDINA

5.1.1 EL AUTOVÍNCULO AL PRECEDENTE EN LOS ALTOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN COLOMBIA SEGÚN DIEGO LÓPEZ MEDINA

En la segunda edición de *El derecho de los jueces*, del profesor Diego López Medina, se encuentra un breve e interesante análisis sobre qué tan vinculados a sus propias decisiones precedentes se encuentran los Altos Tribunales de jus-

Constitucional de los Valores, Bogotá, Ibáñez, 2015, págs. 141 a 164.

165 Del mismo autor, ver “Desarrollos recientes en la doctrina del precedente judicial en Colombia”, en Cepeda Manuel José, Montealegre Lynett Eduardo (Directores) y Estrada Alexei Julio (Coordinador General), *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, págs. 431 a 474.

166 Buitrago Guzmán María Rosalba, *Metodología del precedente judicial 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, op. cit.

ticia de Colombia, es decir, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. El punto de partida del profesor López en este asunto es la descripción de “las tipologías de las formas de autoridad con las que se reviste la jurisprudencia”¹⁶⁷. Así, el autor explica las diferencias entre (i) la analogía estricta; (ii) analogía permisiva; (iii) concepto común; y (iv) cita retórica.

En este orden de ideas, las citas de unas sentencias respecto de otras que son previas van a ser análogas (en sentido estricto) en la medida que tengan un vínculo directo con su *ratio decidendi*, pues “el vínculo de autoridad que une a las dos sentencias se fundamenta directamente en la analogía fáctica existente entre los hechos del caso anterior y los hechos del caso presente”¹⁶⁸. La idea es que si la cita del caso anterior se identifica completamente con su *ratio decidendi*, y no existen razones suficientes para cambiar la jurisprudencia, “tal citación dispone del caso”¹⁶⁹. Por su parte, si lo que sucede es que el Alto Tribunal funda una nueva línea jurisprudencial, la situación en la que ese operador jurídico se encuentra es que no tiene disponibles precedentes que sean enteramente análogos con el caso que se resuelve actualmente, razón por la cual las citas que se encuentren allí sobre otras sentencias anteriores van a ser siempre de analogía permisiva, es decir, que se acude a determinado fallo porque se “parece” al caso concreto que ahora se resuelve, y no porque sean exactamente iguales¹⁷⁰.

Ahora bien, según expone el profesor López, en Colombia (como en la jurisprudencia del derecho continental europeo) el análisis del precedente no acostumbra a efectuarse alrededor de los grados de similitud que puedan existir entre los hechos juzgados en casos precedentes ni tampoco sobre las *rationes decidendi* que se extraigan de las resoluciones judiciales previas, sino sobre referentes conceptuales comunes¹⁷¹. “Por esta razón la búsqueda de jurisprudencia relevante se hace con la ayuda de tesauros conceptuales y no a través de la identificación de analogías fácticas entre sentencias”¹⁷², lo cual explica por qué en este tipo de citas se enfatizan conceptos jurídicos abstractos en los cuales los hechos del caso litigado pueden ser subsumidos con relativa facilidad. El profesor López menciona, a título de ejemplos, conceptos jurídicos como la “igualdad”, las “vías de hecho”, el “debido proceso”, etc.¹⁷³.

167 López Medina Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, Legis, 2006, p. 112.

168 *Ibíd.*, p. 113.

169 *Ibíd.*, p. 113.

170 *Ibíd.*, p. 114.

171 *Ibíd.*, p. 115.

172 *Ibíd.*, p. 115. Esta afirmación, que desde la estructura argumental del texto de López Diego funciona al mismo tiempo como premisa y como conclusión, va a adquirir muchísima relevancia dentro del análisis de la metodología del precedente en Colombia porque con ella puede explicarse la lógica del funcionamiento de las relatorías de los Altos Tribunales de Justicia colombianos.

173 *Ibíd.*, p. 116.

Como no hay un vínculo fáctico con los casos precedentes, estas citas no son las “subreglas” o *rationes decidendi* de los fallos precedentes, y son utilizadas más bien como meros soportes argumentales para la sentencia actual, por lo cual las sentencias anteriores solamente cuentan con una fuerza indicativa, y no son obligatorias¹⁷⁴. No obstante lo anterior, también se enfatiza que esta manera de argumentar no debe ser descalificada en cualquier circunstancia, puesto que cuando un operador jurídico no cuenta con sentencias precedentes que sean análogas en sentido estricto al caso actual, una buena manera de resolver los litigios es acudiendo a este tipo de citas conceptuales¹⁷⁵.

Diego López menciona, por otro lado, que en Colombia es usual que en una misma sentencia se encuentren todos estos tipos de citas, es decir, que haya un análisis de los fundamentos fácticos del precedente y, en ese sentido, se citen las *rationes decidendi* de las sentencias previamente proferidas; y que, a una misma vez, se traigan a colación citas sobre conceptos jurídicos amplios, ambiguos o abstractos que de forma secundaria logran soportar las tesis sostenidas en la sentencia actual. La crítica del autor sobre esta circunstancia parece radicar en que con esto evidencia una ausencia de metodología del precedente entre las Altas Cortes, pues no se tiene “una adecuada consideración del peso relativo de ambas formas de autoridad judicial”.

Finalmente, el autor expone una última forma o tipología de autoridad jurisprudencial, a la cual va a considerar ilegítima, precisamente, por su falta de consistencia metodológica. Se trata de las citas retóricas de las sentencias anteriores: “Este tipo de autoridad espuria se presenta en aquellas sentencias en las que abundan extractos de jurisprudencia sobre muchos temas que no influyen directamente en la resolución final del caso y en los que no existe una conexión analógica o conceptual clara entre el precedente invocado y el caso *sub examine*”¹⁷⁶.

Pues bien, a partir de las diferencias entre las tipologías de autoridad jurisprudencial, el profesor López exhibe los resultados de un estudio sobre el 5% de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado durante el año 2003, las cuales fueron consultadas desde el portal de investigación por suscripción www.lexbase.com.co. Resalta que, en términos relativos, la Corte Constitucional tiene 16% de citas de sentencias precedentes según la lógica de la analogía estricta, 25% de citas de sentencias bajo la idea de la analogía abierta, 51% de citas de referente conceptual común y 9% de citas retóricas; el Consejo de Estado, por su lado, tiene 6% de citas de precedentes bajo la idea de la analogía estricta, 6% de ci-

174 *Ibid.*, p. 116.

175 *Ibid.*, p. 116 y 117.

176 *Ibid.*, p. 117.

tas de analogía abierta, 62% de citas de referente conceptual común y 26% de citas retóricas; finalmente, la Corte Suprema de Justicia tiene 17% de citas de analogía estricta, 13% de citas de analogía abierta, 42% de citas de referente conceptual común y 29% de citas retóricas¹⁷⁷.

Ahora bien, como la indagación crítica que hace el profesor López gira alrededor de las fuentes del Derecho en Colombia y del papel de los jueces dentro de ellas, es importante destacar que en su estudio cuantitativo de las citas de disposiciones jurídicas en las Altas Cortes se evidencia que de cada 100 citas a disposiciones jurídicas (de fuerza legal o bien de jurisprudencia), la Corte Constitucional acudía a 17 citas legales frente a 83 jurisprudenciales, el Consejo de Estado acudía a 78 citas legislativas frente a 22 citas jurisprudenciales, y la Corte Suprema de Justicia acudía a 78 citas legislativas frente a 22 citas jurisprudenciales¹⁷⁸.

El análisis que se ha sintetizado resulta de la mayor importancia, porque permite visualizar que, al menos para la época en la cual hizo su estudio el autor, no había en los Altos Tribunales de Justicia del país una conciencia absolutamente clara sobre la obligatoriedad del precedente judicial. De hecho, así lo plantea el mismo autor al afirmar lo siguiente:

“[L]os datos anteriormente examinados muestran que todavía no existen prácticas consistentes del precedente basado en autoridad analógica. Si ello es así para la Corte Constitucional, que lleva desde el año de 1995 insistiendo en la doctrina del precedente *de iure*, es razonable esperar que los jueces de instancia tengan prácticas jurisprudenciales con índices aún más bajos de citación técnica”¹⁷⁹.

En tal medida, la original metodología de ubicación histórica del precedente (de la subregla o *ratio decidendi*) que propone DIEGO LÓPEZ en su libro, y que se expondrá más adelante, puede resultar más o menos ineficaz desde la práctica cotidiana del Derecho, y su mayor o menor eficacia va a depender del grado de convencimiento que tengan los jueces del país sobre la obligatoriedad del precedente. Es por ello que el autor se preocupa por destacar cuáles han sido los mecanismos de disciplina jurisprudencial que han sido adoptados por la Corte Constitucional y que reconocen explícitamente la fuerza vinculante del precedente (vertical y horizontal), tanto de los fallos de la misma Corte —la denominada doctrina constitucional— como los de las otras jurisdicciones —la doctrina probable—¹⁸⁰.

177 Ibid., p. 120.

178 Ibid., p. 119.

179 Ibid., p. 124.

180 Ibid., págs. 125 a 130. No se aborda acá las diferencias entre los conceptos de “doctrina constitucional” y “doctrina probable”, y no se hace mención de la evolución que ambos conceptos han tenido en la historia

5.1.2. METODOLOGÍA DE UBICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL

La del profesor DIEGO LÓPEZ es una metodología para la elaboración de “líneas jurisprudenciales”, entendiendo por tal expresión la formulación de una pregunta jurídica que tiene un amplio espectro de posibles respuestas¹⁸¹. La idea es que las posibles respuestas puedan ser representadas de forma resumida y gráfica, de manera que la línea sea también un ejercicio pedagógico que, con sencillez, pueda dar cuenta de las respuestas extremas e intermedias al cuestionamiento jurídico. Lo interesante de la metodología es que su lógica bipolar (siempre hay dos respuestas extremas a una misma pregunta jurídica¹⁸²) permite ubicar todas las posibles contestaciones en orden cronológico, pero al mismo tiempo el análisis se hace retrospectivamente, pues se inicia la investigación desde las últimas providencias judiciales que el tribunal correspondiente haya emitido sobre determinado tema, y a partir de allí se buscan, mediante las citas existentes en el texto de la sentencia, los fallos previos que puedan tener relevancia.

Las ventajas de equiparar el concepto de línea jurisprudencial con la pregunta jurídica, y de graficar este mismo concepto, son varias. Para empezar, se facilita la identificación de la radicalidad (o suavidad) en el cambio de posturas jurisprudenciales a lo largo de un periodo¹⁸³ o bien permite determinar cuál es el “balance constitucional” sobre determinado tema —es decir, si sobre el tema existen diferentes decisiones que reiteran una misma *ratio decidendi*—, acaso identificar si sobre un determinado asunto existen decisiones tan disímiles que no garantizan la conformación de una sola línea jurisprudencial¹⁸⁴. De igual manera, se permite vislumbrar cuál es la “sombra decisional” del precedente judicial, es decir, aquel espacio dentro del cual las decisiones actuales del operador jurídico son legítimas porque respetan el sentido de una *ratio decidendi*, aunque estas decisiones no sean exactamente iguales al precedente en sí mismo¹⁸⁵. En fin, mediante una línea jurisprudencial gráfica es posible “pesar” su propia “solidez”¹⁸⁶.

Es posible que el lector acaricie mejor la idea que se está exponiendo si se replica una de las gráficas que expone el profesor López¹⁸⁷:

del Derecho colombiano, porque este tema ya fue desarrollado en la primera parte del presente trabajo.

181 *Ibíd.*, p. 141.

182 *Ibíd.*, p. 141.

183 *Ibíd.*, pp. 142 y 143.

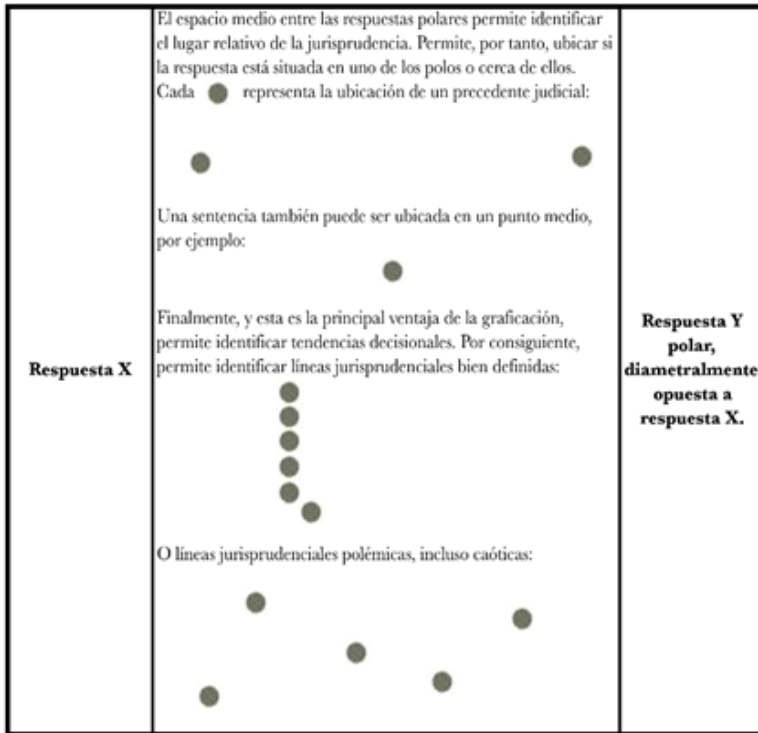
184 *Ibíd.*, p. 144.

185 *Ibíd.*, p. 144.

186 *Ibíd.*, p. 145.

187 *Ibíd.*, p. 142.

Imagen 1. Gráfico ilustrativo de línea jurisprudencial de López Medina



Así pues, una línea jurisprudencial va a ser más o menos sólida dependiendo de la reiteración de la misma *ratio decidendi* en diferentes pronunciamientos durante un determinado período. El requisito de la reiteración no es –insiste el autor– una exigencia para la vinculatoriedad del precedente, pues en Colombia su fuerza normativa depende directamente de la igualdad de trato más que de la repetición de una subregla. En consecuencia, lo previsto en la Ley 153 de 1887 referente a la necesidad de tres sentencias en un mismo sentido debe ser entendido más hacia el concepto de solidez que como el requerimiento de la reiteración¹⁸⁸.

Ahora bien, el planteamiento del problema jurídico debe efectuarse sobre los hechos materiales que son objeto de resolución en los fallos judiciales. Esto es importante porque plantear así una cuestión jurídica permite la concreción metodológica necesaria para indagar el sentido de las *rationes decidendi* que ha usado un mismo Tribunal para decidir casos sustancialmente iguales. Además, evita el ejercicio *conceptualista* del litigante y del juez promedio en Colombia, según el cual las líneas jurisprudenciales se elaboran a partir de

188 *Ibid.*, págs. 145 y 146.

conceptos amplios y abstractos, como el “derecho a la igualdad”, el “derecho al debido proceso” o los “derechos adquiridos”¹⁸⁹.

La propuesta del profesor López es que la pregunta jurídica que encabeza una línea jurisprudencial debe tener un “nivel medio” de abstracción, pues si bien no es ideal partir de conceptos abstractos como los mencionados, tampoco es bueno hacer una línea exclusivamente desde las particularidades de cada caso litigado. Ello es así porque un solo derecho fundamental puede ser revisado judicialmente en varias ocasiones a partir de hechos muy diferentes cada vez. Por tanto, lo que se debe hacer es identificar los diferentes patrones fácticos desde los cuales se ha litigado un mismo derecho, siendo cada patrón fáctico un “escenario constitucional”¹⁹⁰. En síntesis, la pregunta jurídica que encabeza una línea jurisprudencial debe realizarse sobre un “escenario constitucional” claramente definido¹⁹¹ y no únicamente sobre un derecho constitucional o sobre los hechos de un caso concreto. Por ejemplo, si el derecho en cuestión es la primacía de la realidad sobre las formalidades (art. 53 C. P.), que en últimas es la más conocida aplicación laboral del derecho a la igualdad (art. 13 C.P.), el escenario constitucional puede ser un contexto en el cual se discute si los contratistas de prestación de servicios de ciertas entidades públicas tienen el derecho a recibir el pago de las mismas prestaciones sociales de un empleado público, teniendo en cuenta que, en sentido estricto, no son servidores públicos (art. 122 C. P.).

Para hacer aún más explícita su propuesta metodológica, el autor toma el ejemplo del derecho a la intimidad y al buen nombre, previsto en el artículo 15 de la Constitución Política, el cual ha sido analizado por la Corte Constitucional en diferentes *escenarios*, respecto de los cuales existen líneas jurisprudenciales diferentes –aunque por surgir de un mismo derecho puedan tener, a veces, algunas semejanzas teóricas–. Efectivamente, menciona el autor que

“(...) por ejemplo, el ‘derecho a la intimidad y al buen nombre’ (art. 15 C. P.) tiene líneas jurisprudenciales perfectamente autónomas si se trata de (i) contextos donde la información que afecta al particular ha sido divulgada por medios de prensa; (ii) contextos donde la información que afecta al particular tiene contenido crediticio y ha sido divulgada mediante informes provenientes de bancos de datos; (iii) contextos donde se discute la posibilidad de que el [E]stado intercepte comunicaciones por dentro de marcos institucionales específicos (a través de organismos de seguridad o dentro de cárceles), suspendiendo por tanto las garantías de intimidad e inviolabilidad de comunicaciones;

189 *Ibíd.*, págs. 147 y 148.

190 *Ibíd.*, págs. 147 y 148.

191 *Ibíd.*, págs. 148 y 149.

y (iv) si se trata de algunos casos en que se ha presentado conflicto en torno a la reserva que cobija a las historias médicas (...)”¹⁹².

Como puede verse, un escenario constitucional va a ser la abstracción, en un ejercicio inductivo, de los hechos que se litigan en sede de tutela respecto de los distintos derechos humanos y fundamentales consagrados en la Constitución. Por eso, asegura el autor, las preguntas jurídicas no pueden ser del orden de *cómo se ha protegido el derecho a la igualdad o de qué manera se ha garantizado la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral*¹⁹³. Por el contrario, una pregunta jurídica bien formulada se va a plantear siempre desde los escenarios constitucionales, vinculándose con la norma constitucional que prescribe la protección de tal o cual derecho fundamental, por ejemplo: *¿Están obligados los establecimientos públicos, en virtud del postulado de la primacía de la realidad sobre las formalidades (art. 53 C. P.), a reconocer prestaciones sociales a los contratistas de prestación de servicios que recibieron órdenes y cumplieron horarios?*¹⁹⁴

La pregunta jurídica, así planteada, debe responderse con un sí o con un no, sin excluir la posibilidad de respuestas intermedias. Con esto se cumple el requisito metodológico de la *bipolaridad*¹⁹⁵.

5.1.3. LA TÉCNICA DE INDAGACIÓN JURISPRUDENCIAL RETROSPECTIVA

En la indagación jurisprudencial retrospectiva, el investigador debe identificar los *principales* fallos relacionados con el escenario constitucional que es objeto de análisis¹⁹⁶. Esto significa, de entrada, que frente a un mismo patrón fáctico pueden encontrarse sentencias importantes y otras que no lo son¹⁹⁷. La importancia se mide en función del *peso estructural fundamental*¹⁹⁸ que tengan esas decisiones en la línea jurisprudencial, que han tenido efectos conceptuales muy

192 Ibid., p. 149. La relevancia de la teoría de los escenarios constitucionales radica, a nuestro juicio, en la explícita crítica del hecho de que la relatoría de la Corte Constitucional acuda al conceptualismo como método de indagación jurisprudencial. Por eso es que los buscadores informáticos disponibles en la página web de esa institución acuden a descriptores conceptuales, como “derecho a la igualdad”, “libertad de cultos”, “libertad de empresa”, etc; y también es por eso que una vez encontradas, las sentencias son introducidas por extractos de la parte motiva relacionados con esos mismos descriptores conceptuales. Esta situación puede ser replicada en las otras dos Altas Corporaciones judiciales colombianas. Ver, sobre esta crítica, págs. 150 y 152.

193 Ibid., ver especialmente págs. 150 y 151.

194 Ibid., 151

195 También es importante destacar que esta metodología de investigación jurisprudencial se acomoda bastante bien a lo que debería hacerse con el Derecho desde el método científico. Por eso, es acertado afirmar que se trata de una propuesta en la cual el derecho jurisprudencial es objeto de análisis científico. Ibid., págs. 161 y 162.

196 De cualquier manera, el autor se anticipa a una eventual crítica conceptual y advierte que determinar la importancia y, sobre todo, la no importancia de una sentencia dentro de una línea jurisprudencial es un asunto interpretativo, y depende también de los intereses del investigador jurisprudencial. Ibid., p. 166.

198 Ibid., p. 161.

profundos¹⁹⁹ y generalmente conocidos tanto por los operadores jurídicos como por los litigantes, cuyo impacto se puede evidenciar con su nivel de reiteración a partir de las citas que de ellas hagan sentencias subsiguientes. A estas sentencias importantes el autor las denomina *sentencias hito*²⁰⁰.

Ahora bien, una sola línea jurisprudencial puede tener varias sentencias hito, que el autor clasifica de la siguiente manera:

- (i) Sentencias fundadoras de línea, que son aquellas proferidas en los primeros momentos institucionales de la Corte Constitucional y que se caracterizan por ser innovadoras, reformistas e incluso por estar escritas en un estilo grandilocuente. Por eso están llenas de *obiter dictum*, ya que están sentando una postura jurisprudencial y no reiterando posiciones previas²⁰¹.
- (ii) Sentencias consolidadoras de línea, en las cuales la Corte Constitucional hace una reiteración cuidadosa de las líneas jurisprudenciales instauradas por las sentencias fundadoras, pero contienen un soporte doctrinal mucho más maduro (y en ese sentido, mucho menos político) que las sentencias precedentes²⁰².
- (iii) sentencia modificadora de línea, que es aquella que cambia el sentido de la jurisprudencia²⁰³.
- (iv) Sentencias reconceptualizadoras de línea, que confirman las líneas jurisprudenciales creadas con anterioridad, pero las explican a través de nuevas teorías o profundizan las teorías previas²⁰⁴.
- (v) Sentencia dominante, que se trata de la decisión que contiene los criterios jurídicos actuales y dominantes, vale decir, que contiene la formulación actual de la *ratio decidendi* que resulta útil para resolver un problema actual²⁰⁵.

En sentido contrario, si una sentencia contiene una mera confirmación o reiteración de una *ratio decidendi* (sin una argumentación sólida), es confusa e inconexa desde el punto de vista argumentativo; o si es abstracta y contiene muchos *obiter dictum*²⁰⁶, tendencialmente podría ser descartada como sentencia hito o sentencia importante.

199 Lo que dice el profesor López es que esas sentencias importantes (leading cases en el sistema jurídico del common law, o grand arret en Francia) soportaron consecuencias conceptuales duraderas en la configuración de una o varias líneas jurisprudenciales. Los litigantes y los operadores jurídicos identifican este tipo de sentencias con las respuestas correctas y vigentes a los problemas jurídicos. *Ibíd.*, p. 162.

200 *Ibíd.*, págs. 162 y ss.

201 *Ibíd.*, p. 164.

202 *Ibíd.*, págs. 164 y 165.

203 *Ibíd.*, p. 163.

204 *Ibíd.*, p. 165.

205 *Ibíd.*, págs. 163 y 165. Las sentencias dominantes son identificadas por el autor con las leading case, pero enfatiza que este tipo de fallos son simplemente una especie de sentencia hito.

206 En general, las sentencias en las que la ratio decidendi es de muy difícil identificación, pueden ser descartadas como sentencias hito.

Ahora bien, de nada sirve clasificar las sentencias de una línea jurisprudencial si estas no pueden ubicarse (porque los descriptores que usan las páginas web de las Altas Cortes del país acuden al sistema conceptualista), así que la propuesta metodológica de DIEGO LÓPEZ —como se advirtió páginas arriba— está cargada de una técnica de indagación retrospectiva en un contexto de “análisis dinámico jurisprudencial”, de manera que sea relativamente fácil para el analista encontrar las sentencias más importantes dentro de su línea jurisprudencial y, al mismo tiempo, ubicar cuáles decisiones no son tan importantes. El autor es consciente del hecho de que los analistas son usualmente profesionales del Derecho que no disponen del tiempo suficiente para hacer un estudio de las centenas de providencias judiciales que arroja el buscador de la página web de la Corte Constitucional.

En concreto, el método del profesor LÓPEZ puede sintetizarse en tres pasos, así: (i) el punto arquimédico de apoyo; (ii) ingeniería reversa; y (iii) telaraña y puntos nodales de jurisprudencia²⁰⁷. El primer paso, denominado “punto arquimédico”, consiste en ubicar una sentencia reciente que aborde, al menos de forma parecida, el problema jurídico y el escenario constitucional previamente planteado por el investigador. La dificultad para hallar esta *sentencia arquimédica* va a ser directamente proporcional a la habilidad del analista para formular la pregunta jurídica y el correspondiente escenario constitucional, así como a su pericia en la utilización de los medios informáticos que tenga a su disposición. La denominación de “punto arquimédico” se debe a la similitud que encuentra el autor entre esta decisión reciente con la expresión atribuida a Arquímedes, “dadme un punto y os moveré el mundo”²⁰⁸. Tal similitud se debe, precisamente, al segundo paso de la técnica.

La ingeniería reversa —el segundo paso del método— es esencialmente el estudio de las citas jurisprudenciales que tiene el punto arquimédico. Aquí comienza el análisis retrospectivo que va a permitir, al final de las cosas, hacer una narración histórica de la línea jurisprudencial, toda vez que con las referencias que se encuentren se va a replicar el procedimiento tantas veces como sea necesario para conformar un “nicho citacional” que llegue hasta la sentencia fundadora de jurisprudencia²⁰⁹. La pesquisa de las citas entre las sentencias puede hacerse en dos, tres, cuatro o más niveles, y entre más profunda sea la búsqueda, mayor envergadura histórica va a tener la narrativa jurisprudencial. Debe tenerse cuidado de no identificar la estructura citacional de sentencias que no son importantes (como las retóricas o las meramente conceptuales, relativamente recientes y plagadas de *obiter dictum*), pues hacer el ejercicio en esta clase de providencias implicaría perder el tiempo.

207 *Ibíd.*, p. 168.

208 *Ibíd.*, págs. 168 y ss.

209 *Ibíd.*, p. 171.

Por otro lado, las sentencias hito se presentan prácticamente por sí mismas. El nicho citacional que se obtenga va a mostrar que hay unas sentencias que son citadas con profusión; tal circunstancia es indicativa de que en ellas existe alguna elaboración dogmática relevante dentro del escenario constitucional²¹⁰. Generalmente, si se profundiza lo suficiente dentro de la estructura de citas de las sentencias, podrán identificarse las diferentes clases de sentencias hito que fueron resumidas arriba. Habrá sentencias fundacionales, que se remontarán a los años iniciales de la Corte Constitucional, que se evidenciarán como tales porque ellas no citan ni reiteran decisiones judiciales previas; habrá también sentencias reiteradoras o reconceptualizadoras, mucho más depuradas desde el punto de vista de la técnica del precedente judicial, y más recientes; también se encontrará una sentencia que es más citada que todas las demás en relación con el escenario constitucional, que casi siempre resultará ser la sentencia dominante²¹¹.

Por último, el tercer paso, denominado por el autor “telaraña y puntos nodales de jurisprudencia”, implica analizar cuidadosamente todas las sentencias encontradas en el nicho citacional, cuya cantidad depende de la profundidad con que se haya realizado el ejercicio anteriormente resumido. Después de estudiarlas se encontrará que las referencias del nicho conducen a un reducido número de decisiones de la Corte, que contienen la evolución de la *ratio decidendi* del escenario constitucional y responden (en un sentido u otro) la pregunta jurídica que fue planteada al inicio de la investigación. Se trata de las sentencias hito. Si, además, el analista representa estas decisiones como puntos o nodos, y las ubica dentro de un gráfico bipolar similar al que se transcribió anteriormente —es decir, entre las dos respuestas extremas con las cuales se puede contestar la cuestión jurídica—, se dará cuenta de que el resultado se parecerá a una suerte de telaraña decisional²¹².

5.2. LA METODOLOGÍA DEL PRECEDENTE SEGÚN RODRIGO UPRIMNY, ADRIANA FUENTES, CATALINA BOTERO Y JUAN FERNANDO JARAMILLO

5.2.1. INTRODUCCIÓN

La premisa de la cual parten RODRIGO UPRIMNY, ADRIANA FUENTES, CATALINA BOTERO Y JUAN FERNANDO JARAMILLO en *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*²¹³ coincide en buena medida con lo planteado por Diego López que fue expuesto con antelación: la manera de estudiar la jurisprudencia en Colombia, consistente en la transcripción de los apartados o “extractos” que

210 Ibid., págs. 171 y ss.

211 Ibid., págs. 173 a 177.

212 Ibid., p. 177, y especialmente la p. 181.

213 Bogotá, Legis, Andiarrios, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

resulten más relevantes para el operador jurídico o el analista, no solo es deficiente desde el punto de vista metodológico, sino que es insuficiente para la adecuada comprensión del precedente judicial²¹⁴. No obstante, también consideran que el análisis del precedente no puede efectuarse exclusivamente a partir de los hechos y pretensiones que resuelve cada sentencia, porque, a diferencia del sistema anglosajón del *stare decisis*, en Colombia –como en los demás sistemas jurídicos continentales– no puede negarse la importancia de los conceptos genéricos (por ejemplo, la ley y los extractos de jurisprudencia) en la concepción misma del Derecho²¹⁵. Como ejemplo de la importancia de la lectura conceptualista de la jurisprudencia en Colombia, recuerdan que la sentencia T-406 de 1992²¹⁶ fue, y sigue siendo, fundamental en la comprensión del Estado social de derecho instaurado en 1991 y que su importancia no derivó de los hechos que se resolvieron, sino de las teorías y los conceptos doctrinales allí contenidos²¹⁷.

En tal medida, la metodología que pregonan es abiertamente ecléctica, pues parte del estudio de “hechos o pretensiones del caso, el problema abordado por la corte y el tipo de decisión tomada”²¹⁸, pero también consideran necesario efectuar extractos jurisprudenciales, como desde antaño se hace en Colombia, aunque contextualizando su relevancia dentro de la justificación interna de cada sentencia. Así lo mencionan los autores:

“Por ello, creemos que una metodología adaptada a las transformaciones recientes del derecho constitucional colombiano debe intentar incorporar lo mejor de estas dos tradiciones jurídicas. Debe recuperar las principales construcciones y definiciones conceptuales que trae la jurisprudencia, incluso extractando los apartes jurisprudenciales pertinentes, tal y como solía hacerse en el pasado en nuestro país; pero debe también ser muy sensible a las particularidades de los casos, ya que son ellas las que determinan cuál es verdaderamente la *ratio decidendi* adoptada por el tribunal, y cuáles son efectivamente las reglas de decisión adoptadas por los jueces. Esto significa que un buen análisis de la jurisprudencia debe articular las reflexiones sobre las construcciones conceptuales dogmáticas más abstractas de la Corte, con el estudio de los casos y las subreglas y líneas jurisprudenciales que ese tribunal haya desarrollado para resolver

214 *Ibíd.*, págs. XVII y ss.

215 *Ibíd.*, p. XVIII.

216 M. P.: Angarita Barón Ciro.

217 *Ibíd.*, p. XVIII.

218 *Ibíd.*, p. XVIII.

esas controversias”²¹⁹.

Así, la propuesta de los autores inicia, obviamente, en la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. Interesa resaltar que las razones “teóricas” por las cuales solo la *ratio decidendi* es vinculante obedecen, por un lado, al respeto a la igualdad, como también a que la creación judicial del Derecho tiene las limitaciones de un sistema político democrático ya que es necesario que los operadores jurídicos sean prudentes en la “construcción inductiva” de las subreglas²²⁰, es decir, que la creación del Derecho en la actividad hermenéutica de los jueces no puede implicar en arbitrariedad ni transformarse en abuso. El problema de la falta de legitimidad democrática de los jueces para crear el Derecho es reducido al hecho de que no pueden crear reglamentos, esto es, normas de carácter general e impersonal desligadas de los litigios de los cuales conocen, pues de lo contrario estarían invadiendo las órbitas de competencia del legislador²²¹.

Ahora bien, la necesidad de hallar la *ratio* o subregla de cada decisión es importante porque ella es el razonamiento que directamente incidió en la resolución de un litigio, y de ese último hecho se desprende que para ubicarla es indispensable tomar en consideración los hechos que resuelve la sentencia. Una decisión judicial puede enunciar explícitamente la subregla y, en ese sentido, resulta relativamente fácil su hallazgo por el operador jurídico (también por el litigante o el investigador) posterior; pero es posible que el juez que formula con claridad esa *ratio decidendi* se haya equivocado, y que resulte que desde la argumentación de la sentencia sea otra la subregla, diferente a la que el mismo juez especificó como la *ratio* del caso. Esta circunstancia ha generado un debate doctrinal acerca de la *formalidad* decisional o la *materialidad* argumental que caracteriza la *ratio decidendi*²²². Para efectos simplemente metodológicos, y sin querer intervenir en ese debate, los autores prefieren optar por la tesis según la cual lo que debe tomarse como *ratio* es lo que así defina el operador jurídico²²³ de manera expresa, en caso de que eso suceda.

En este punto, quizás por la falta de fuerza argumental que tiene la postura que deliberadamente asumen frente a la *formalidad* de la *ratio decidendi*, los autores remiten²²⁴ a la lectura de la aclaración de voto de la sentencia C-1195 de 2001,

219 *Ibíd.*, p. xviii.

220 *Ibíd.*, pp. xxiii y xxiv.

221 *Ibíd.*, p. xxiv.

222 *Ibíd.*, p. xxv.

223 El operador jurídico, para los autores, son siempre las Altas Cortes colombianas (la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional), y no los jueces inferiores. Ver p. xxv. Aunque en una primera lectura pareciera que se discriminara el precedente judicial de tribunales y jueces jerárquicamente inferiores a esas Cortes, lo cierto es que el pragmatismo del texto se orienta únicamente al análisis del precedente de esos operadores en especial en lo relativo a la libertad de prensa.

224 *Ibíd.*, p. xxv. Ver pie de página 16.

propuesta por el profesor RODRIGO UPRIMNY YEPES, en la cual se especifica que pese a que debe considerarse como subregla lo que explícitamente diga la Corte, existen ciertas limitaciones para la designación de la *ratio* que están vinculadas con la coherencia que debe existir entre la decisión y los hechos del litigio y que, por otro lado, son los jueces posteriores quienes terminan ratificando o desvirtuando los argumentos que originalmente fueron señalados como *ratio decidendi*. Efectivamente, se menciona lo siguiente en tal aclaración de voto:

“(…) un juez no puede asumir caprichosamente que cualquier consideración de la parte motiva de su sentencia representa la *ratio decidendi* de la misma. Debe existir una vinculación objetiva y necesaria entre la regla o principio general que el juez enuncia como fundamento normativo de su decisión y la solución efectiva del caso, para que realmente ese fundamento normativo pueda adquirir el carácter de *ratio decidendi*. Y por ello debe existir una relación necesaria entre los hechos y problemas debatidos en el caso, la decisión concreta y la formulación de la *ratio decidendi*. Por consiguiente, tal y como lo precisó el fundamento 52 de la sentencia SU-047 de 1999, “en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente “puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores”²²⁵.

De cualquier forma, parece que los autores acuden a esa postura formalista sobre la *ratio decidendi* porque les resulta útil para el análisis de ingentes cantidades de decisiones de las Altas Cortes sobre el tema concreto de la libertad de prensa en Colombia, y no porque estén plenamente de acuerdo con lo que implica esa tesis.

5.2.2. LA ELABORACIÓN DE CONCEPTOS NORMATIVOS Y FICHAS SINTÉTICAS CON BASE EN LAS DECISIONES DE ALTAS CORTES

La metodología adoptada por los autores es capaz de combinar la importancia jurídica del precedente que contienen las subreglas de decisiones anteriores con el conceptualismo tradicional al que acuden los jueces, juristas e investigadores colombianos para hacer sus *líneas jurisprudenciales*²²⁶, que, como se ha visto, parte de la generalización de tesis secundarias que se encuentran

225 Ver fundamento No. 8 de la aclaración de voto de la Sentencia citada. Es importante mencionar que buena parte de los argumentos de esa aclaración de voto son replicadas en la introducción metodológica del libro que se está comentado.

226 *Ibíd.*, págs. xxvi y ss.

dentro de la motivación de las sentencias. La idea es que si bien no son propiamente *ratio decidendi*, lo afirmado en los *obiter dictum* de las decisiones judiciales sobre derechos humanos y fundamentales sigue siendo valioso por cuanto son criterios auxiliares para los jueces y en ese sentido son guía tanto para ellos como para cualquier investigador. Como se afirmó arriba, para los autores hay ocasiones en las que una sentencia es importante no por la subregla o precedente, sino por las elaboraciones teóricas y doctrinales que giran en torno suyo²²⁷.

En este orden de ideas, los autores presentan una serie de definiciones, formulaciones o conceptos normativos resumidos sobre temas que pueden resultar de interés a quien esté buscando información jurídicamente relevante sobre la libertad de prensa y de acceso a la información. Cada una de estas definiciones²²⁸ cuenta con una relación de las sentencias de tutela o de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana —o bien providencias de otras Altas Corporaciones— que las han abordado directamente. Resulta útil ejemplificar este asunto con uno de los conceptos normativos que exponen los autores:

“Caricatura. Aunque no es procedente sujetar la utilización de formas gráficas compuestas de expresiones del pensamiento como la caricatura o fotocomposición a las exigencias de verdad e imparcialidad, esto no significa que sus autores puedan desconocer impunemente los derechos fundamentales de terceras personas, en particular los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre, y que quienes se consideren afectados puedan acudir a las instancias judiciales para obtener la protección de sus derechos (T-512/92, T-609/92, T-787/04)”²²⁹.

Los autores pretenden otorgarles a sus conceptos normativos tal nivel de abstracción que denominan al capítulo del libro que los relaciona y los expone sistemáticamente como una “especie de código jurisprudencial”, en el cual los jueces, los ciudadanos interesados y los periodistas encuentran las “normas jurisprudenciales” y los conceptos que ayudan a comprender el alcance del derecho de libertad de información²³⁰. Ello explica que todos y cada uno de los conceptos que desarrollan estén encabezados por un enunciado —un título— como los que tienen los artículos de las leyes y los reglamentos.

227 Ibid., p. xxx.

228 A las cuales los autores denominan confusamente como “subreglas”. Confusamente porque generan precisamente eso, confusión. No son necesariamente las subreglas que constituyen precedente judicial, pero les denominan así por cuanto los autores las formulan como una suerte de norma general, abstracta e impersonal. Ibid., p. xxvi.

229 Ibid., p. 135.

230 Ibid., p. xxviii.

Cada concepto normativo cuenta, al mismo tiempo, con una relación o “entrada” de las fichas sintéticas de las sentencias más importantes que abordan el tema. Siguiendo el mismo ejemplo referente a las limitaciones que tienen las caricaturas en términos de los derechos fundamentales, citado dos párrafos atrás, la siguiente es su correspondiente “entrada”²³¹:

Para mayor información, ver el resumen de la
sentencia T-787/04, § Ficha N° 102.

A su vez, en las fichas sintéticas –que se encuentran en la parte final del libro– se puede leer, entre otras cosas, (i) el respectivo concepto normativo sobre el derecho fundamental; (ii) un resumen del caso; (iii) un resumen de los hechos; (iv) el planteamiento de un problema jurídico; (v) el fundamento de la decisión; y (vi) otros conceptos doctrinales relevantes. El fundamento de la decisión es en sí mismo la *ratio decidendi*, subregla o precedente judicial de carácter obligatorio para casos futuros. Los otros conceptos doctrinales relevantes son breves resúmenes de algunos *obiter dictum* que resultan útiles para los analistas jurisprudenciales.

Así pues, si se siguen los ejemplos citados en los párrafos que anteceden (las limitaciones de las caricaturas como medio legítimo de la libertad de expresión), y se cita parcialmente la ficha sintética 102, se encontrará que el concepto normativo que se trajo a colación al principio no corresponde con los fundamentos de la decisión (*ratio decidendi*), sino que es un dicho de paso, un *obiter dictum*. Con el debido respeto por los autores, se transcriben algunos fragmentos de la aludida ficha:

Tabla No.1 Ficha sintética 102²³²

“TIPO DE ACTUACIÓN:	Tutela
TRIBUNAL:	Corte Constitucional
NÚMERO Y FECHA:	T-787 de agosto 18 de 2004
MAGISTRADO PONENTE:	Rodrigo Escobar Gil
SALA DE DECISIÓN:	Sala quinta de revisión integrada por los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Uprimny Yepes (e)

231 *Ibíd.*, p. 135.

232 *Ibíd.*, p.xxix

RESUMEN DEL CASO: Concede la Corte la tutela de los derechos a la intimidad, buen nombre y honra de la ciudadana Rosa Estelia Peña Carabalí, quien presentó acción de tutela contra el señor Caleb Antonio Avendaño Mosquera, por la realización y posterior publicación que este hizo de una caricatura titulada “La flor del trabajo”, en la cual se hicieron alusiones a hechos de la vida privada de la señora Peña Carabalí sin su consentimiento y se realizaron afirmaciones que afectaron su honra y buen nombre.

SUBREGLAS:

Condición de indefensión derivada de las circunstancias que produce la divulgación de una información. Se considera constitutivo del estado de indefensión la circunstancia fáctica de inferioridad que produce una información ampliamente divulgada, que dentro de una esfera de la sociedad se adopta y asimila con certeza y seriedad como expresión de un comportamiento real y objetivo, en razón de la autoridad que la misma pueda llegar a tener por virtud de quien la emite, de quien la publica o del lugar o espacio en donde se da a conocer, llegando hasta el extremo de comprometer la credibilidad y moralidad de los sujetos afectados por la divulgación, compeliéndolos a la necesidad de adoptar conductas reiteradamente explicativas de su vida y privacidad.

Carácter no excluyente de la acción constitucional y de la acción penal ante violaciones a la honra y el buen nombre. Independientemente de la existencia de mecanismos de protección en materia penal, cuando se presenten violaciones a la honra y al buen nombre de las personas que, sin llegar a constituir formas de injuria o de calumnia, afecten estos derechos, será posible invocar la acción de tutela, cuando ello sea necesario, para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Principios que limitan el alcance del derecho a la libertad de expresión en relación con los derechos a la intimidad, buen nombre y a la honra. El ejercicio del derecho a la libertad de expresión en cuanto se relaciona con los hechos y no con las opiniones que de ellos se derivan se rige de forma atenuada bajo los mismos principios que limitan el alcance del derecho a la información, los cuales son: libertad, finalidad, necesidad, veracidad e integridad, con la finalidad de proteger el contenido normativo de otros derechos como la honra, el buen nombre y la intimidad.

”(...) PROBLEMA JURÍDICO

- A. ¿Era procedente la acción de tutela a pesar de ejercerse contra un particular y sin haberse agotado previamente la rectificación?
- B. ¿A pesar de existir la acción penal por la posible comisión de una conducta punible contraria a la integridad moral, la acción de tutela es procedente?
- C. ¿Los hechos objeto de narración y divulgación en la caricatura ‘La flor del trabajo’ corresponden a circunstancias y sucesos pertenecientes a la vida íntima de la señora Rosa Estelia Peña Carabalí, que por ser de su fuero íntimo reservado no podían ser divulgados sin su consentimiento, de manera que al serlo se vulneraron sus derechos fundamentales a la intimidad, honra y buen nombre?

FUNDAMENTOS Y DECISIÓN

A. Sí. El impacto que ha tenido la caricatura a partir de la información que en ella reposa es mucho mayor al que en el tiempo podría llegar a tener su aclaración posterior, pues se han dado a conocer supuestos hechos de la vida íntima de la accionante, que, en virtud de ello, no solo ha perdido su privacidad, sino que, además, se han generado múltiples conjeturas sobre su comportamiento ante la sociedad. Por lo tanto, el estado de indefensión de la accionante es evidente, ya que la publicación de la caricatura se realizó en el lugar donde la accionante labora, y donde todo el mundo tiene conocimiento acerca de su vida. (...).

B. Sí. La consagración legal de una conducta como delito que permita salvaguardar los derechos fundamentales no es un argumento suficiente para deslegitimar per se la procedencia de la acción de tutela, pues bien puede suceder que la afectación se produzca, aunque se excluya la responsabilidad criminal, lo cual conduciría a la imposibilidad de brindar cabal protección a los derechos del perjudicado (...).

C. Sí. Se ha reconocido que existe una tendencia creciente a priorizar el ejercicio de derecho a la libertad de expresión, pues se entiende que siempre que la divulgación de un pensamiento u opinión no resulte apoyado en un dato fáctico contrario a la realidad, los derechos al buen nombre y a la honra se mantienen incólumes. Sin embargo, tal prevalencia de la libertad de expresión no puede ser reconocida con relación al derecho a la intimidad, cuando se produce una intromisión en la esfera íntima o privada de un sujeto, y sin su consentimiento o autorización se divulga información que hace parte de su espacio reservado. (...).

OTROS CONCEPTOS DOCTRINALES RELEVANTES

Caricatura. Aunque no es procedente sujetar la utilización de formas gráficas compuestas de expresiones del pensamiento como la caricatura o fotocomposición a las exigencias de verdad e imparcialidad, esto no significa que sus autores puedan desconocer impunemente los derechos fundamentales de terceras personas, en particular los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre, y que quienes se consideren afectados puedan acudir a las instancias judiciales para obtener la protección de sus derechos (...)²³³. (Negrillas del original).

De la transcripción deben resaltarse varios temas. En primer lugar, que de cada sentencia que sea objeto de análisis debe elaborarse una ficha técnica, la cual debe hacer un recuento formal del proceso en sí mismo. Por eso se hace referencia al tipo de actuación, del tribunal que resolvió el caso, del número del proceso y del magistrado ponente (también de los magistrados que salvaron o aclararon el voto)²³⁴. Los aspectos formales, desde luego, facilitan la identificación del caso.

En segundo lugar, las fichas sintéticas hacen un breve resumen del caso que relatan, así como un resumen de la o las subreglas, en el cual se presenta en pocas palabras lo esencial del argumento o argumentos base de la decisión judicial²³⁵.

En tercer lugar, se exponen brevemente los hechos materiales que se someten al litigio (en la transcripción se omitió este aspecto, esencialmente por cuestiones de espacio) y se formula, con base en ellos, un problema jurídico. Este problema o cuestionamiento se plantea de forma asertiva, de manera que la respuesta debe ser sí o no²³⁶. Los autores dejan claro que la formulación de las preguntas es tomada casi literalmente de las mismas sentencias que se reseñan.

En cuarto lugar, se expone con más detalle la subregla o *ratio decidendi*, y en esa exposición, algo más larga, deben quedar absolutamente claros (siempre que la sentencia lo permita) los fundamentos argumentales de la decisión que sea adoptada, es decir, aquellos que tengan relación lógica con la parte resolutive de la sentencia²³⁷.

233 Ibid., págs. 407 a 412.

234 Ibid., p. xxix.

235 Ibid., p. xxix.

236 En este aspecto, la formulación del problema jurídico hace que las posibles respuestas sean bipolares, como también lo plantea la metodología del profesor López Medina Diego.

237 Ibid., p. xxix y xxx.

En quinto lugar, se hace una precisión de los salvamentos o aclaraciones de voto si los hubo²³⁸. Aunque los autores no lo dicen claramente, el análisis y resumen de los salvamentos o aclaraciones de voto a veces permiten vislumbrar cuáles son los argumentos principales (*ratio*) de los dichos de paso, pues son los que se refutan o aclaran.

Finalmente, se hace mención de “otros conceptos doctrinales relevantes” que, como se dijo, son los *obiter dictum* que resultan importantes porque trascienden los hechos y pretensiones del litigio individualmente considerado, siempre que tengan un impacto teórico jurídico que pueda ser usado como guía en procesos futuros²³⁹.

5.2.3. EL COMPONENTE HISTÓRICO EN LA METODOLOGÍA DEL PRECEDENTE PROPUESTA POR LOS AUTORES

Es importante mencionar que el componente histórico de esta metodología se evidencia cada vez que se analiza con detalle cada uno de los conceptos normativos que se encuentran en esa especie de “código jurisprudencial” sobre la libertad de prensa. Lo que sucede es que los autores buscan establecer cuál es el derecho judicial vigente respecto de cada uno de los conceptos normativos, y en las “entradas”, es decir, en las concordancias que tienen tales conceptos con las sentencias más importantes sobre el asunto y con las fichas sintéticas, se puede ver, en ocasiones, una lista de resoluciones judiciales que abarcan un periodo determinado. Se cita un concepto normativo y su “entrada” como ejemplo²⁴⁰:

“Obligación de distinguir entre los hechos y las opiniones expresadas sobre aquellos como garantía del derecho a formarse una opinión propia. La opinión del medio de comunicación o el periodista debe ser claramente separable de los hechos sobre los que tal opinión se basa. Por el contrario, la presentación de la información mezclando hechos y opiniones entraña inexactitud. Los actos de deformar, magnificar, minimizar, descontextualizar o tergiversar un hecho pueden desembocar en la inexactitud de la información al hacer que la apariencia sea tomada como realidad y la opinión como verdad, ocasionando con ello un daño a los derechos fundamentales de un tercero. (T-080/93, T-369/93, T-602/95, C-010/00, T-1682/00, T-634/01, T-1319/01, T-787/04, T-1198/04)”. (Negrillas del original).

238 *Ibid.*, p. xxx.

239 *Ibid.*, p. xxx.

240 *Ibid.*, p. 125.

Para mayor información, ver el resumen de las sentencias T-080/93, T-602/95 y T-634/01, § Fichas N° 12, 40 y 77

Como se puede notar, en la parte final del concepto normativo se citan nueve sentencias que abordan el asunto, que van desde 1993 hasta el año 2004. En la “entrada” o concordancia los autores envían al lector a tres de esas nueve sentencias, resumidas en las correspondientes tres fichas, que son las que ellos consideran más relevantes sobre el tema, es decir, que son equivalentes a las que el profesor Diego López denomina “sentencias hito”.

Ahora bien, para que la propuesta de los autores sea funcional, esto es, para que la metodología resulte de utilidad, es necesario que el investigador empiece sus indagaciones con la lectura atenta de una gran cantidad de sentencias que aborden, en todos los ámbitos posibles, un mismo derecho fundamental. De hecho, en la parte introductoria afirman que encontraron y sistematizaron cerca de 250 sentencias sobre la libertad de prensa proferidas por las Altas Corporaciones judiciales de Colombia, especialmente por la Corte Constitucional, de las cuales 126 son lo suficientemente importantes como para hacer de cada una de ellas una ficha sintética²⁴¹.

En este sentido, hay dos grandes diferencias con la técnica de indagación de Diego López: en primer lugar, a diferencia de los autores, el profesor López inicia con la lectura de una sola sentencia reciente (el punto arquimédico) y a partir del nicho citacional se va “escarbando” la historia del precedente hasta llegar a la sentencia “hito” que él mismo denomina “sentencia dominante”; en segundo lugar, la línea jurisprudencial que resulta de una investigación que siga la técnica del profesor López va a centrarse única y exclusivamente sobre un “escenario constitucional”, y no sobre el derecho fundamental en general, de lo que se entiende que se excluyen los demás escenarios posibles del mismo derecho. Al contrario, con la metodología de los profesores Uprimny, Jaramillo, Botero y Fuentes, las líneas jurisprudenciales que se obtienen se relacionan con todos los ámbitos jurídicos (los diferentes conceptos normativos) relativos a un mismo derecho. Esto supone que, al menos desde un punto de vista metodológico, la propuesta de estos últimos es más completa que la del profesor López, pero al mismo tiempo menos práctica por lo dispendioso que resulta leer 250 fallos, o algún número similar, respecto de lo cual la propuesta de Diego López es mucho más bondadosa.

241 *Ibíd.*, p. xxvii.

5.2.4. ASPECTOS COMUNES DE LAS METODOLOGÍAS

En páginas anteriores se transcribió parcialmente una ficha sintética para resaltar que, a veces, los conceptos normativos que destacan Rodrigo Uprimny *et al.* se derivan de los dichos de paso (*obiter dictum*) de una sentencia, y no necesariamente coinciden con su *ratio decidendi* o subregla. Pero existen otros conceptos normativos que remiten a ciertas sentencias, y a ciertas fichas sintéticas, de cuya lectura se desprende que la *ratio decidendi* coincide con los conceptos normativos en sí mismos. Es por ello que se afirmó en un principio que la metodología de indagación jurisprudencial propuesta por los autores puede acudir al conceptualismo tradicional y, al tiempo, establecer el precedente judicial obligatorio a partir del análisis de los hechos de cada caso.

Ahora bien, no deja de llamar la atención que los enunciados que encabezan esos conceptos o formulaciones normativas tienen en última instancia el mismo nivel de abstracción “medio” que tienen los denominados “escenarios constitucionales” propuestos por el profesor DIEGO LÓPEZ. Nótese que dichos enunciados corresponden, cada uno de ellos, a un aspecto del derecho fundamental de la libertad de prensa que está vinculado con un cierto patrón fáctico. Así, el punto 2.11, relativo a la “libertad de información y derechos políticos”²⁴², es desglosado en (i) la “libertad de expresión frente a la existencia de partidos políticos de ideología no democrática”²⁴³; (ii) las “restricciones inadmisibles de la libertad de fundar partidos y movimientos políticos ligada a la divulgación de sus ideas y programas”²⁴⁴; (iii) la “utilización de los medios de comunicación por parte de los partidos y movimientos políticos”²⁴⁵; (iv) la “garantía de los partidos, movimientos políticos y candidatos para la utilización de los medios de comunicación para la divulgación política y propaganda electoral”²⁴⁶, etc. (En todos los casos, las negrillas son del original).

La equiparación entre “escenarios constitucionales” y los enunciados que encabezan los “conceptos normativos” en un mismo nivel de abstracción significaría que cada uno de aquellos enunciados debería servir como el sustrato material de la respuesta a una pregunta jurídica de las que formularía el profesor Diego López, pues la funcionalidad de la teoría de los “escenarios constitucionales” es ser la base del problema jurídico. Es decir, que los enunciados que preceden a los conceptos normativos tienen el mismo nivel de abstracción que los “escenarios” porque hacen parte de la *ratio decidendi*. Pero esto solamente es válido cuando los conceptos normativos y sus respec-

242 *Ibíd.*, p. 160.

243 *Ibíd.*, p. 160.

244 *Ibíd.*, p. 161.

245 *Ibíd.*, p. 161.

246 *Ibíd.*, págs. 161 y 162.

tivos enunciados o títulos se relacionan con las subreglas o precedente, y no con meros *obiter dictum*.

Así, los ejemplos que se acaban de citar hacen referencia a la sentencia C-089 de 1994²⁴⁷ y a su correspondiente ficha sintética, la número 23²⁴⁸. Al verificar la ficha, se puede corroborar que existe una clara correspondencia entre los enunciados, los conceptos normativos subsiguientes y las *rationes decidendi* a las cuales acude la Corte para adoptar sus diversas decisiones.

Pero, como se dijo, no pasa lo mismo en el caso de la caricatura, pues (i) el enunciado que precede al concepto normativo es una sola palabra, y (ii) el concepto normativo no se relaciona con los argumentos usados por la Corte para fallar el caso, esto es, con las subreglas. Con esto puede concluirse que la metodología propuesta por Rodrigo Uprimny Yepes *et al.* supone a veces el uso del conceptualismo tradicional (en la medida que se hacen conceptos normativos desde los *obiter dictum*) y a veces el uso del precedente judicial (siempre que los conceptos normativos coincidan con los fundamentos de cada decisión).

5.3. UNA PROPUESTA DE METODOLOGÍA DEL PRECEDENTE PARA LA CORTE CONSTITUCIONAL Y SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

5.3.1. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de su tesis de maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, María Rosalba Buitrago Guzmán desarrolló una metodología del precedente judicial en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, de un lado, toma elementos de las metodologías de los profesores Rodrigo Uprimny *et al.*, y, por el otro, adopta algunas de las estrategias investigativas del profesor Diego López Medina.

En este trabajo la metodología del precedente se compone de tres aspectos importantes: primero, la diferenciación entre las partes de una sentencia (*ratio decidendi*, *decisum*, *obiter dictum*); segundo, la formulación de una pregunta o problema jurídico; y tercero, la ubicación conceptual y argumental de la *ratio decidendi*. Anteriormente se había mencionado frente a este asunto que la autora era de quienes compartían la perspectiva de la Corte Constitucional según la cual es necesario distinguir entre “jurisprudencia” y “precedente”. Así, para evitar la aparente contradicción entre el artículo 230 de la Constitución colombiana y la obligatoriedad del precedente, resulta preciso identificar las subreglas o *rationes decidendi* con aquello que tiene

247 M. P.: Cifuentes Muñoz Eduardo.
248 Ibd., págs. 255 a 268.

fuerza vinculante y, por tanto, normativa frente a casos sustancialmente iguales; mientras que el concepto de “jurisprudencia” –como criterio auxiliar de la actividad judicial– debe dejarse asociado únicamente con los dichos de paso, los argumentos secundarios que se encuentran en la parte motiva de las sentencias, es decir, con los *obiter dictum*²⁴⁹.

5.3.2. LOS TRES ASPECTOS METODOLÓGICOS

Ahora bien, en cuanto al primer aspecto de la apuesta metodológica de BUITRAGO, la diferenciación entre las partes de una sentencia es importante porque desde un punto de vista de corrección normativa y de justificación interna de las decisiones judiciales, es necesario que exista una relación lógica e interdependiente entre las *rationes decidendi* y el *dictum* o, lo que es igual, entre las subreglas y la parte resolutive de la sentencia²⁵⁰.

Frente al aspecto relativo al planteamiento de una pregunta jurídica como inicio de la investigación sobre precedentes, debe decirse que al igual que en las propuestas analizadas anteriormente, la autora insiste en que las cuestiones jurídicas deben ser formuladas en forma general y asertivamente y no deben contener concreciones fácticas o normativas que puedan destrozarse la neutralidad de la pregunta²⁵¹. La formulación del problema jurídico va a depender del tipo de sentencia que se analice, es decir, del tipo de proceso que se trate. La implicación práctica de esta premisa es que no es igual formular una cuestión jurídica en una sentencia de tutela o de unificación a la pregunta que debería plantearse en una sentencia de casación laboral proferida por la Corte Suprema de Justicia colombiana²⁵².

Por ejemplo, en el caso de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, las preguntas que se formulen van a depender de si se trata de sentencias de constitucionalidad o sentencias de tutela y de unificación. Y en las sentencias de constitucionalidad, a su vez, es diferente el tipo de preguntas que se formularían en los fallos que se producen por la actuación automática de la Corte a las

249 Buitrago Guzmán María Rosalba, Metodología del precedente judicial 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 Magíster en Derecho, op. cit., págs. 55 a 90. Ver especialmente páginas 89 y 90. Dice la autora en la página 90 de su trabajo: “(...) Aparte de las decisiones anteriores, todas las demás que fueron analizadas de la Corte Constitucional, por vía de dichos al pasar, afirman que los precedentes emitidos con anterioridad obligan a los jueces para los casos posteriores y que como quiera que la ratio decidendi de decisiones anteriores es lo que obliga realmente, la parte de las sentencias que es fuente auxiliar, en términos del artículo 230 de la Carta Política, son los obiter dicta. A partir de ello, quedaría una muy importante distinción, entre lo que es precedente o ratio decidendi (fuente obligatoria) y jurisprudencia o obiter dicta (criterio auxiliar de derecho)”. (Cursivas del original).

250 *Ibid.*, págs. 102 a 104.

251 *Ibid.*, p. 143.

252 *Ibid.*, págs. 141 y ss.

que surgirían de una sentencia de constitucionalidad que deriva de una acción pública de inconstitucionalidad. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que en este tipo de providencias no son “hechos” los que son objeto de litigio, sino que se contrasta la validez de una norma a la luz de una superior. Es más, en cierto tipo de procesos de constitucionalidad nunca se traba una litis, como en las revisiones automáticas que efectúa la Corte frente a las leyes estatutarias o respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales²⁵³.

En consecuencia, en los procesos que resuelve la Corte Constitucional hay tantos problemas jurídicos como disposiciones constitucionales que hayan sido violadas en opinión del demandante, o tantos problemas jurídicos como temas sean objeto de revisión automática por ese Alto Tribunal. Eso quiere decir que en una demanda de inconstitucionalidad, las preguntas van a efectuarse respecto de cada postulado que el demandante haya considerado violado; mientras que en una revisión previa y automática, como la de las leyes estatutarias, la Corte tendrá que analizar todos los contenidos de la legislación, y eso lleva a que las preguntas jurídicas deban formularse atendiendo a cada tema tratado²⁵⁴.

Claramente, litigio sí existe necesariamente como proemio a las sentencias de tutela o de unificación, y en ese sentido, en tales decisiones las preguntas sí van a depender de la relación entre los hechos planteados en las demandas y los conceptos constitucionales que se consideran vulnerados en aquellas²⁵⁵. Así las cosas, desde un punto de vista estrictamente metodológico, la propuesta de Buitrago supera a las otras dos que han sido reseñadas, particularmente la del profesor Diego López, en lo relativo a los elementos jurídico-procesales relevantes que deben hacer parte de la pregunta jurídica desde la cual se inicia una indagación jurisprudencial retrospectiva y, desde esa misma perspectiva, frente a los componentes fácticos que define jurídicamente la *ratio decidendi*.

Finalmente, respecto de la subregla que constituye precedente obligatorio, la identificación de la *ratio decidendi* va a estar enteramente ligada a la argumentación de la sentencia que otorgue respuesta a la pregunta jurídica inicialmente planteada. Lo que sucede es que, de todas formas, pueden existir tantas subreglas como cuestiones jurídicas hayan sido formuladas.

253 Ibid., p. 145. Leer, sobre este aspecto, el artículo 241 de la Constitución Política de 1991. Por otro lado, es necesario destacar que en las sentencias de tutela y de unificación, el planteamiento del problema jurídico va a depender de los hechos de la demanda. Ahora, frente a los hechos, no son todos ellos, sino que la pregunta debe plantearse atendiendo a los hechos más importantes, a los que Arthur Goodhart, en 1930, habría denominado hechos materiales. El referido autor, mencionaba que “the first and most essential step in the determination of the principle of a case is, therefore, to ascertain the material facts on which the judge has based his conclusion (...)”. Ver a Arthur Goodhart, “Determining the ratio decidendi of a case”, en Yale Law Journal Vol. XL No. 2, 1930, p. 169.

254 Buitrago Guzmán María Rosalba, Metodología del precedente judicial 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 (...), op. cit, p. 143.

255 Ibid., p. 142.

En una sentencia de constitucionalidad, la *ratio decidendi* se desprende así de la formulación adecuada del problema jurídico, puesto que es su respuesta. Se trata de la razón (argumento, razonamiento) conectada inescindiblemente con la decisión de declarar constitucional o no, o constitucionalmente condicional, una norma demandada o revisada automáticamente²⁵⁶. Ahora bien, la *ratio decidendi* no puede entenderse sin su correspondiente *decisum*, es decir, que debe haber una correspondencia lógica entre la disposición analizada, la *ratio decidendi* y la parte resolutive. Por tanto, en una misma sentencia puede haber varias *rationes decidendi* en la medida que existan varias disposiciones violadas.

De otra parte, dado que la *ratio decidendi* es la respuesta a una pregunta general, corta y asertiva, su redacción debe empezar por un “sí” o un “no” y a continuación exponer claramente y de manera corta la razón de esa respuesta. De ahí que la autora considere—basándose para ello en el texto de Rodrigo Uprimny *et al.*²⁵⁷— que su redacción es la formulación de una subregla o principio general. Todos los demás argumentos expuestos en la sentencia, por importantes que puedan parecer, son simplemente *obiter dictum*, y son “jurisprudencia” en el sentido previsto por el artículo 230 de la Constitución Política, es decir, no tienen valor vinculante y son un criterio auxiliar de la administración de justicia²⁵⁸.

5.3.3. EL USO DE LAS FICHAS SINTÉTICAS DE RODRIGO UPRIMNY *ET AL.* EN COMPARACIÓN CON LA PROPUESTA DE BUITRAGO DEL PRECEDENTE DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA

Buitrago menciona que Rodrigo Uprimny *et al.*, en el análisis de la jurisprudencia de la Corte sobre la libertad de prensa reseñado con antelación, plantearon una metodología de verdaderas líneas de precedentes en el sentido de líneas de *ratio decidendi*²⁵⁹. En este orden de ideas, su propia metodología parte de la propuesta hecha por aquellos autores. Como quedó claro, consiste en tomar y leer un número relativamente grande de sentencias que abordan un mismo problema constitucional (o jurídico, en el sentido más general de la palabra) y elaborar a partir de ellas unas fichas de sistematización que contienen sus *rationes decidendi*. Aduce Buitrago que el objetivo de esta metodología es más establecer un estado actual de cosas abstracto del tema que la elaboración de una línea de decisiones en el mismo sentido a partir de la lectura de las sentencias más recientes y yendo hacia atrás en el tiempo, como lo hace el profesor Diego López²⁶⁰.

256 Ibid., p. 144.

257 Ibid., págs. 144 a 146.

258 Ibid., p. 144.

259 Según aduce, esos autores se basan en Richard K. Neumann, entre otros. Ibid., p. 146.

260 Ibid., p. 147.

La idea es, en fin, que se defina la pregunta jurídica de un grupo de sentencias que aborden el mismo tema, en un periodo determinado, y con base en esa pregunta debe hacerse la lectura de las sentencias. Las que aborden asuntos relacionados con temas diferentes al planteado en el problema jurídico simplemente no se leen. Igualmente, debe hacerse una ficha por cada sentencia analizada²⁶¹. Recomienda que se deje claro qué tipo de decisión (tipo de proceso) llevó a la decisión y que el problema jurídico no tenga más de cuatro renglones. El problema debe plantearse siempre asertivamente. La *ratio decidendi* debe redactarse respondiendo “sí” o “no” y a renglón seguido explicar la razón en no más de doce renglones. Debe haber tantas preguntas jurídicas como *ratio decidendi*, pues hay correspondencia entre unas y otras. Finalmente, debe resumirse, muy sucintamente, la parte resolutive respecto de cada *ratio decidendi*.

Una vez que se tengan las fichas de todas las sentencias, la idea es que se ubiquen y organicen de acuerdo con su *ratio*, dado que ese es el precedente. Siguiendo a DIEGO LÓPEZ, menciona que es posible graficar cada *ratio* a partir de su bipolaridad, pues cada asunto puede tener dos situaciones o posiciones extremas, y tal circunstancia puede quedar clara con la traducción de esas fichas a diagramas que muestren la posición de cada sentencia respecto de cada extremo. Así se evidenciaría la reiteración del precedente o bien el desconocimiento de este²⁶².

La idea central de la autora, frente a la Corte Suprema de Justicia, es que pese a que dicho Tribunal sigue aplicando formalmente la idea de la doctrina probable según el esquema decimonónico de la Ley 153 de 1887, lo cierto es que toda sentencia tiene las mismas tres partes (*ratio, obiter, decisum*), y desde el punto de vista de la argumentación jurídica se pueden extraer de ellas las correspondientes subreglas –y ello es indistintamente de si el Tribunal en cuestión considera que el precedente judicial es de obligatorio cumplimiento–. Lo único que debe tenerse en cuenta es la racionalidad de los fallos de la Sala Laboral de la Corte –es decir, considerar que existen sentencias de casación, de anulación y de revisión, además de las que surgen de acciones de tutela–. Esto es importante porque existen diferencias significativas con la racionalidad de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, lo cual implica en última instancia que los problemas jurídicos y las *rationes decidendi* deben extraerse atendiendo a factores argumentales diversos²⁶³.

Para entender adecuadamente la propuesta, resulta necesario explicar brevemente el funcionamiento del recurso de casación. Se omiten los análisis sobre el recurso de homologación y el de revisión por cuestiones de espacio.

261 La autora reproduce las fichas sintéticas que atrás también fueron objeto de cita. Ver págs. 148 y 149.

262 *Ibíd.*, p. 149 y 150.

263 *Ibíd.*, p. 150.

Así pues, lo que sostiene la autora es que cada tipo de trámite, derivado de la interposición de alguno de aquellos recursos extraordinarios, tiene unas reglas que obligan al intérprete y al analista jurisprudencial a formular las cuestiones jurídicas de una forma y *no* de otra. Por ejemplo, en las sentencias de casación hay tantos problemas jurídicos (y por ende, *rationes decidendi* y *decisum*) como cargos hayan sido formulados en la demanda de casación. Esto se debe al principio de congruencia procesal, según el cual cada argumento con vocación de pretensión debe ser objeto de respuesta por parte del juez de casación²⁶⁴, y al principio dispositivo, según el cual la Corte solo puede pronunciarse sobre los argumentos esgrimidos por el casacionista²⁶⁵.

Pero la formulación de los cargos depende de las causales a las cuales puede acudir para solicitar a la Corte el rompimiento de la sentencia de instancia. En el proceso laboral existen dos grandes causales de casación, y cada causal funciona bajo una lógica diferente. Así, la causal primera, relativa a la violación de la ley sustancial, requiere una argumentación técnica y rigurosa que puede ser sobre (i) la interpretación y aplicación jurídica del fallo del Tribunal de instancia (vía directa), y (ii) la valoración probatoria que hizo el Tribunal de instancia sobre los medios documentales, sobre la confesión o sobre la inspección judicial (vía indirecta)²⁶⁶. Estas dos vías tienen, al mismo tiempo, varias modalidades de infracción, de manera que puede acusarse al Tribunal de

“(…) i) haber infringido directamente una ley de alcance nacional, lo que implica que no haya aplicado la norma, bien sea por ignorancia o rebeldía; ii) haber interpretado erróneamente una disposición, esto es, que hubiese aplicado la norma que era aplicable, pero la entendió de un modo incorrecto; y iii) de haber aplicado indebidamente la misma, es decir, que la aplicó, pero a un hecho no regulado por ella o, entendiéndola rectamente, le hizo producir efectos contrarios a la misma. Estas tres modalidades son excluyentes entre sí: no puede al mismo tiempo dejar de aplicar una norma e interpretarla erróneamente o haberla dejado de aplicar y aplicarla de modo incorrecto. En la vía indirecta, a su vez, se encuentra el error de hecho, consistente en la incorrecta valoración de cualquiera de las tres pruebas calificadas, dichas anteriormente, pero que sea manifiesto, protuberante y evidente, y el error de derecho, que implica que el Tribunal dio por demostrado un hecho con un medio diferente al exigido legalmente o que exigió una prueba solemne cuando el hecho podía probarse por cualquier medio. Como se

264 *Ibíd.*, págs. 150 y 151.

265 *Ibíd.*, p. 151.

266 Las dos grandes vías de la causal primera de casación son excluyentes entre sí. *Ibíd.*, p. 135.

observa, el error de derecho está vinculado al tema de las pruebas solemnes. De la misma manera que en la vía directa, estos dos tipos de errores en las pruebas no se pueden acumular en un mismo cargo, pues son incompatibles”²⁶⁷.

Por otro lado, la causal segunda de casación en materia laboral implica atacar la sentencia de instancia porque vulneró el principio de la *no reformatio in pejus*, o situación de único apelante, y para ello solo se requiere una argumentación convincente, pues esta causal no tiene características técnicas²⁶⁸.

Así pues, según expone BUITRAGO, en la formulación del problema debe tenerse en cuenta la causal de casación utilizada por el demandante. Si, a modo de ejemplo, una demanda de casación acude a la causal primera por la vía indirecta, la pregunta podría quedar de la siguiente manera:

“¿Viola la ley sustancial indirectamente, en la modalidad de aplicación indebida, la sentencia de un Tribunal que no aprecia o aprecia erradamente la documental, inspección judicial o confesión que... y se indica cuál es la valoración o apreciación que alega la censura debe hacerse del medio probatorio en cuestión (...)?”²⁶⁹.

Dado que existe congruencia lógica entre la formulación de la pregunta y la *ratio decidendi*, lo obvio es que existan tantas *rationes decidendi* como cargos hayan sido invocados para solicitar la fractura de la sentencia de instancia. Las respuestas, insiste la autora, deben ser “sí” o “no” y deben explicarse en no más de doce renglones²⁷⁰.

267 *Ibíd.*, p. 136.

268 *Ibíd.*, p. 156.

269 *Ibíd.*, págs. 153 y 154.

270 *Ibíd.*, p. 155.