



UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

EL DERECHO DE LOS JUECES

Obligatoriedad del precedente
constitucional, análisis de sentencias
y líneas jurisprudenciales y teoría
del derecho judicial

Diego Eduardo López Medina

legis

DC. 121296
Sist. 1179220
H 150.151
L 8181

Vigésima reimpresión, 2021

SEGUNDA EDICIÓN 2006
PRIMERA EDICIÓN 2000

© Diego Eduardo López Medina
© Legis Editores S.A.

Tipografía de fondo de carátula: Artículo 52, Ley 169 de 1896, sobre "Reformas Judiciales".

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este libro,
por cualquier proceso reprográfico o fónico, por fotocopia, microfilme,
offset o mimeógrafo, sin previa autorización del Autor (L. 23/82).

LEGIS

Fundadores: *Tito Livio Caldas (1922 - 2016)*

Alberto Silva (1926 - 2020) - Miguel Enrique Caldas (1928 - 2020)

Junta Directiva: *Andrés Caldas Rico,*

Rubén Darío Lizarralde Montoya, Diego Vélez Montes,

Diego Jara Pinzón, Miguel Mcallister Reyes,

Hugo Díaz Báez, María Alejandra Peñalosa Arguijo,

Jorge Villalobos Salcedo, Martín Ramos Vegalara

Gerente General: *José Antonio Currea Díaz*

Gerente Editorial: *Martha Penen Lastra*

Diseño de Carátula: *Valentina Estrada*

Diagramación: *Preprensa Editorial*

Impresión: LEGIS S.A.

ISBN: 958-653-492-8

Impreso en Colombia / Printed in Colombia



**INVESTIGACIONES
JURÍDICAS**

tos y precisiones de esa primera edición (que todavía aparecen en ésta) se deben a Jheison Torres, Elio Parra, César Rojas, Edgardo Villamil, Camilo Borrero y Andrea Celemin.

Para esta segunda edición tengo que agradecer de todo corazón el trabajo intelectual y la amistad incondicional de Roberto Gordillo, Miguel García, Carolina Gómez, Felipe Alarcón y Jorge González. Todos ellos siguen siendo hoy magníficos investigadores del derecho constitucional. Su ayuda ha sido indispensable para que esta nueva edición del libro viera finalmente la luz pública.

He aprendido enormemente de la comunidad académica en la que tengo la fortuna de trabajar. Mis colegas de la Universidad de los Andes me han dado un ambiente propicio para el trabajo intelectual. Entre ellos, tengo que agradecer especialmente a quienes han sido mis decanos y que, de diferentes maneras, han facilitado la investigación y redacción de este proyecto: Manuel José Cepeda, Alfredo Fuentes, Juan Carlos Varón y Eduardo Cifuentes.

Entre los muchos académicos e intelectuales de quienes he recibido apoyo, comprensión, comentarios y críticas tengo que mencionar a los siguientes: Oscar Guardiola, Roberto Vidal, Clara Lucía Sandoval, Alejandro Aponte, Gustavo Quintero, Clara Elena Reales, Aquiles Arrieta, César Rodríguez, Carlos Gaviria, Paula Gaviria, Mauricio García, Rodrigo Uprimny, Juan Jaramillo, Catalina Botero, Helena Alviar, Danilo Rojas, Henrik López, Antonio Barreto, Jorge Esquirol, Juny Montoya, Jairo Iván Peña, Isabel Cristina Jaramillo, Jorge Enrique Ibáñez, Mario Roberto Molano, Lelio Fernández, Carlos Bernal, Alexei Julio, Luis Carlos Sáchica, Imer Flores, Conrado Hübner, Jaime del Río, José Antonio Rivera, Vladimir Gutiérrez, Vicente Ramírez, Hubed Bedoya, María Victoria Parra, Javier Tamayo y Carlos Morales. A ellos un millón de gracias: espero que me excusen si a veces, contra su consejo, me he mantenido dentro del restringido marco de mis propias limitaciones.

Quiero también agradecer a Amanda Arévalo, Martha Galindo y Elizabeth Laguna por la asistencia administrativa que me han prestado. Aprecio mucho la generosidad y paciencia que me han dispensado a lo largo de estos años de trabajo conjunto en los Andes. Este libro nace el mismo día que el niño Diego Alejandro Alfonso. A su padre lo felicito por su hijo y le agradezco lo que me ha ayudado con "el mio".

A mis editoras en Legis, Martha Penén y Tatiana Andrade, gracias por su contagioso amor a los libros y, en especial, por los cuidados que le han dispensado a éste.

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN

Por: *Eduardo Cifuentes*

Esta obra se escribe en medio de un combate que abarca en Colombia tres siglos. El Derecho de los jueces cifrado en el "precedente", inicia su andadura a finales del siglo XIX, sufre un eclipse prematuro, luego despier-ta y alumbra sólo por unos instantes en la década de los años treinta del siglo XX para insuflar vida al derecho civil fosilizado, y al término de ese siglo, gracias a la Constitución de 1991 y a la acción protagónica de la Corte Constitucional, está en condiciones de desafiar el formalismo jurídico todavía imperante pese a su esterilidad.

La épica y las vicisitudes del "precedente" están inscritas en un paradigma que desafía la visión del derecho centrado casi exclusivamente en la ley. Esta postura desconoce el aporte de la jurisprudencia en el proceso no solamente de aplicación del derecho, sino de formación de la regla jurídica. Para ella la jurisprudencia cumple una función secundaria y carece de fuerza vinculante para decidir casos futuros, así fueren análogos en los hechos. El presupuesto epistémico que se asume como premisa identifica por debajo del legislador omnisciente, proveedor de soluciones a todos los conflictos y situaciones que se presenten, un juez pasivo que incesantemente recrea el culto de la ley en sus sentencias, infaliblemente presididas por el mandato legal escueto y claro y, por supuesto, suficiente para resolver y apaciguar las controversias de la vida social. Más allá de los estrados judiciales, las mentes juveniles guiadas por sus maestros, desvelan y dominan el parsimonioso arte de descifrar la ley y obtener de ella y de los códigos en que se almacenan sus prescripciones, las recetas del orden justo y las vías para sortear el silencio o la contradicción del legislador, sin traicionar en ese intento su voluntad y su *dictum*.

Esta fantasía jacobina que ha podido aspirar a reducir el fenómeno jurídico a una ditirámica exaltación de la ley, en todos los sistemas, incluidos

los de tradición romano germánica, ha terminado en bancarrota. Inclusive en su momento de máximo esplendor, cabe dudar si tuvo existencia real más allá de la ideología legalista y la ficción. La creciente complejidad y la explosión de los múltiples conflictos de la vida social, política y económica, prontamente se encargaron de minar la presunta capacidad ilimitada de respuesta atribuida a la ley y sembraron dudas sobre su neutralidad. Las tensiones, los intereses claramente contrapuestos y visibilizados en unos casos o enmascarados en otros, la pugna de los grupos y voces dominantes por instrumentalizar la ley en su favor, las demandas de vastos sectores de la población no canalizadas por el sistema político, las exigencias radicales de diversidad y autonomía en esferas de la vida individual y colectiva, entre otros factores, no decretaron el ocaso definitivo de la ley o de la función codificadora, pero sí mostraron sus limitaciones y la menesterosidad de un concepto de derecho asociado a mero legalismo incapaz de cumplir sus funciones sociales mínimas.

Las transformaciones sociales, sin embargo, no se detienen a cortejar construcciones conceptuales que se revelan carentes de anclaje en la realidad y en las necesidades históricas. De la mano de estas mutaciones, el derecho se ha liberado del monopolio de la ley. Sin dejarla de lado, apelando a un entendimiento más profundo del principio democrático y de las exigencias de la justicia, el derecho definitivamente se abre a una variedad de fuentes, modifica sus métodos y formas de aprehender la realidad y de reaccionar a su entorno. El juez se ve obligado a imprimir un giro a su quehacer puesto que debe resolver las controversias y cada vez con mayor nitidez es manifiesto que la ley ha dejado de ser la única cantera de la que pueden extraerse sin más las reglas o principios que determinen su solución. La absoluta separación de derecho y moral, a la postre sólo ha servido para infiltrar bajo un manto formalista y sin ningún control social el cuadro axiológico más afín a los intereses dominantes; se impone ahora romper esa brecha fingida y reconocer la legitimidad y necesidad de articular críticamente discursos morales que potencien los valores de la convivencia en el marco de la libertad, la igualdad, la dignidad y el respeto a la diferencia. El proceso hermenéutico debe colocarse a la altura de los problemas y ello ya no puede llevarse a cabo sin reconocer la creatividad del intérprete y su necesario trasegar entre diversas fuentes, discursos y protocolos, precisamente con el objeto de que el derecho pueda ofrecer una respuesta, siempre histórica y, por ende, superable y debatible, pero razonable y adecuada a la demandas crecientes de justicia provenientes de la sociedad, las cuales, entre otros lugares, se dan cita en el proceso.

El juez estaba allí; ése era su territorio. Sin embargo, no era probable que pudiera resistir el embate de la realidad buscando rígida y vanamente en los códigos las respuestas que escapaban a sus incisos. El antiguo esclavo de la ley ha tenido que cambiar. Sin abjurar de la democracia, por el contrario, sirviéndola con ahínco, ha tenido que aceptar que es ante todo operador responsable del Derecho y de la Justicia y que las fuentes no se limitan a la ley.

Adicionalmente, el reconocimiento internacional de los derechos humanos y su incorporación en las constituciones de los estados, a lo que se ha sumado un requerimiento irrevocable de efectividad de sus postulados, en lo que concierne a la actividad judicial y al papel del juez, no solamente se ha traducido en una apreciable ampliación de su faena ordinaria. Al juez como vehículo y agente de la justicia universal que reclama el primado de los derechos humanos, se le confía la función de proteger y hacer respetar los derechos dentro de las coordenadas existenciales y políticas por las que discurre la parábola vital de los individuos y la sociedad. Es hoy más claro que antes, que darle significación y relevancia a los derechos, no se podía hacer acudiendo a las reglas clásicas del derecho convencional. Aquí entran en juego normas de principio, valores y normas de textura abierta —por lo demás no ajenas a la experiencia jurídica inclusive del derecho civil—, que involucran un horizonte y un programa jurídico, llamado a actualizarse y materializarse en la realidad real, sin recurrir a estrategias de subsunción propias de la interpretación tradicional.

No podía ser de otra manera. El aumento de la complejidad social y el tipo de demandas que se elevan al derecho desde distintas vertientes y esferas, en el plano nacional, internacional y global, sólo podía enfrentarse con un concepto enriquecido de derecho y esto, a su turno, no podía darse sin subvertir y revolucionar sus fuentes y materiales de inspiración. Este cambio copernicano en el mundo del derecho, de otra parte, impuso un papel renovado y dinámico al juez, ampliando el margen de su libertad y de su responsabilidad.

Esta obra es el testimonio reflexivo, a mi juicio, más incisivo que se ha escrito en América Latina sobre esta revolución inacabada y en plena marcha. El “precedente judicial” vinculante es el nuevo instrumento del derecho y de la justicia, que reclama un territorio para sí. Aunque el derecho judicial no es ni será todo el derecho, de la misma manera que el derecho legislado no ha sido ni será todo el derecho, la concesión plena de carta de ciudadanía a esta fuente “no auxiliar” del derecho, ha suscitado excitación en las fronteras que demarcan los espacios reservados a las fuentes. El mundo del

Confiemos, entonces, en que «El derecho de los jueces», más que avivar el debate sobre el poder de los jueces en nuestra democracia, lo encauce a partir de un fundamento ineludible: la dignificación de la hercúlea responsabilidad de juzgar.

Bogotá, Septiembre de 2000

INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN

Importantes cambios han ocurrido recientemente en el derecho colombiano. La creación de una jurisdicción constitucional independiente, el establecimiento de una acción autónoma para la protección de los derechos fundamentales y cambios en la cultura jurídica nacional (en parte ocasionados por la recepción de nuevas teorías del derecho con circulación transnacional) han sido, entre otros, algunos de los factores que han generado modificaciones importantes en las formas cómo los abogados enfrentan, entre otros, los problemas de fuentes, interpretación y legitimidad en el derecho. De estos factores, algunos son “*datos estructurales*”, esto es, modificaciones institucionales conseguidas, las más de las veces, mediante reformas constitucionales y legales. Otros, más difíciles de discernir y más extraños al análisis tradicionalmente *legalista* de los abogados, podrían llamarse “*datos culturales*” ya que tocan, más allá de los cambios positivos establecidos por el constituyente o el legislador, con las actitudes y los imaginarios que los juristas y otros operarios del derecho tienen y que determinan de manera fundamental sus modos de concebir las fuentes del derecho o su interpretación.¹ Estos mismos factores parecen estar renovando de manera especial algunas de las formas tradicionales de concebir el Derecho Constitucional interno. Uno de los puntos fundamentales de este cambio consiste en la reestructuración de las fuentes del derecho constitucional con impacto ulterior en sus prácticas argumentativas y en su incidencia política. El cambio, en breve, puede resumirse en lo siguiente: junto al texto expreso de la Constitución, antaño fuente indisputada de todo el derecho constitucional, hoy en día aparece el juez constitucional, a través de su jurisprudencia, como un creador consciente de subreglas constitucionales y no simplemente como un aplicador pasivo de los textos

1 Sobre la distinción entre datos estructurales y datos culturales cf. Tarello, Giovanni. *Storia dellacultura giuridica moderna*. Bolonia, Il Mulino, 1976, p. 11.

superiores. Así expresado, este cambio es fácilmente localizable dentro de debates ya clásicos en la literatura internacional, tanto de derecho constitucional como de filosofía del derecho.

Esta obra pretende explorar en detalle las prácticas y las teorías o, lo que es lo mismo, las acciones y los lenguajes en los que estas controversias están ocurriendo, incorporando, en un análisis unificado, tanto los datos estructurales como los datos culturales relevantes.

Las transformaciones del derecho constitucional en Colombia pueden ser analizadas desde varios puntos de vista. De una parte, el cambio ha sido aparentemente conducido por medio de los instrumentos tradicionales del derecho positivo, es decir, de normas jurídicas de varias clases, tenidas como obligatorias por sus destinatarios. Estas normas brindan el marco jurídico-positivo en el que se desenvuelve el debate sobre el contenido, la forma y los fines del derecho constitucional. Este libro quisiera brindar al lector un mapa confiable de los pronunciamientos constitucionales, legislativos y jurisprudenciales mediante los cuales se ha venido definiendo el valor del precedente judicial dentro del sistema de fuentes del derecho constitucional colombiano. El objetivo, sin embargo, no será ofrecer una respuesta correcta o una trayectoria unilinear que responda las preguntas que se plantearán. En vez de ello, se hará evidente cómo el derecho positivo es tan sólo un marco en el que diferentes actores explotan (a) la indeterminación de una norma singular o (b) las contradicciones valorativas en las que incurre un sistema complejo de derecho (como el nuestro) cuando se constata que, sobre un mismo problema jurídico, orbitan varias normas en competencia. Estas dos características del sistema del derecho permiten que diferentes actores desplieguen proyectos ideológicos, políticos o culturales que sobrepasan, en mucho, el análisis meramente *legalista* de la cuestión.

Por esta razón, resulta necesario mostrar cómo este mapa de reglas constitucionales, legales y pronunciamientos judiciales no puede limitarse a la paráfrasis o exposición lineal del derecho positivo vigente en la materia, porque, de hecho, no existe tal derecho linealmente ordenado en espera de simple descripción. Los materiales están ahí a disposición del que quiera dar cuenta de ellos, mediante interpretación que los reconstruya y los ordene. Pero ese dar cuenta del derecho positivo vigente (al menos en algunos de sus campos y problemas) es bastante más complicado que la simple exposición de doctrinas. Es imprescindible narrar y explicar las sinuosidades de la doctrina (y no simplemente resignarse a decir que existen incoherencias o contradicciones que las más de las veces son negados como "erro-

res"). Las contradicciones y ambigüedades del derecho son inexplicables si no se acepta que, en éste, como en otras esferas sociales, se libran intensas luchas políticas e ideológicas. No debe olvidarse que el sistema de fuentes del derecho, es decir, la determinación jurídica de cuál voluntad debe tenerse como jurídicamente obligatoria por sobre otras, es uno de los recursos políticos más importantes al interior de un Estado.² Su potencia simbólica y legitimadora quizá la hagan tan sólo comparable con la fuerza de coacción física que posee quien controla el ejército de un Estado.³

Igualmente, el libro tratará de exponer la influencia que los datos culturales tienen en la cuestión del valor del precedente. Como se verá, el valor meramente secundario o auxiliar del precedente judicial parece ser la característica constitutiva de los sistemas continentales ó neo-romanistas de

2 "Si la distinción entre las fuentes jurídicas consistiese en la mera forma en que se manifiesta la norma, parece extraño que sólo ello pueda prejuzgar el puesto que haya de ocupar en el ordenamiento jurídico. El ardor con que se polemiza para conseguir el primer lugar de una u otra fuente jurídica indica ya que no se trata de una cuestión técnica: es el reflejo de una lucha de hondo sentido político, en la que se juega el predominio de una fuerza social respecto de las demás. En cada momento histórico, cada una de las formas en que se manifiesta el Derecho está en manos, o espea monopolizarla, una fuerza social distinta; la discusión teórica acerca de la preferencia a favor de una fuente jurídica será el reflejo de las encontradas aspiraciones por la supremacía del poder jurídico". De Castro, Federico. *Derecho civil de España*, I, 3ª. Edición, 1995, p. 377, citado por Nieto, Alejandro. El positivismo jurídico y la Constitución de 1978. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Similar observación es ya clara en escritos de realistas jurídicos como Kart Llewellyn. Para él la presunta unidad social y política que hay detrás de la expresión de la "voluntad general" en la legislación no es mantenible: "¿Dónde está la unidad, el grupo individual coherente? ¿Dónde está el objetivo demostrablemente "social", y al que no se le pongan grupos tan importantes como aquellos que lo apoyan? Y el derecho en particular presenta el fenómeno de grupos en choque, con funcionarios que salen a favor de algunos en contra de otros... por lo que la eterna lucha por el control de la maquinaria del derecho y de la creación del derecho, me diante la cual los altamente parcializados A's pueden lograr su voluntad sobre los igual, aunque opuestamente, parcializados B's y lograr el respaldo de ese control mediante el apoyo pasivo de la gran masa de los C's". Llewellyn, Kart. *A Realistic Jurisprudence: The Next Step*. In "Jurisprudence: Realism in Theory and Practice". University of Chicago Press, Chicago, 1962, p. 36.

3 "Es característico de todo orden público el impedir la solución por medio de la fuerza de los conflictos entre particulares o entre grupos, porque el orden público *nmonopoliza* la fuerza y prevé procedimientos para evitar, regular y decidir conflictos". Kriele, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Desalma, Buenos Aires, 1980, p. 55. Por esta razón las principales emanaciones de la *soberanía interna* del Estado son el *monopolio sobre las armas* y el *monopolio sobre el derecho*. Los niveles de concentración o desconcentración del poder bélico son con frecuencia replicadas en niveles equivalentes del monopolio jurídico del Estado. No sobra, sin embargo, ser cauto al examinar la pretensión monopólica del Estado sobre el derecho a la luz de teorías de cuño reciente tales como el *pluralismo jurídico*.

derecho, entre los cuales se cuenta Colombia, descendiente directa en este tema del derecho francés. La discusión de un tema tan fundamental del derecho obliga a plantearse cuestiones de identidad nacional y personal dentro de una tradición jurídica que se presume indisolublemente ligada con la historia y el destino de nuestro pueblo.

Dentro de este marco general, el presente libro se divide en dos grandes partes. En la Primera, titulada “El precedente judicial en Colombia” y que va del capítulo 1° al 4°, se ofrece un panorama de la forma como el derecho positivo y la cultura jurídica colombianas han discurrido en búsqueda de definir el papel de la jurisprudencia de los jueces dentro del sistema de fuentes del derecho. Su propósito es tanto histórico como actual. En esa búsqueda, el capítulo primero narra las luchas que se dieron a finales del siglo XIX por lograr una identidad jurídica en la materia: se verá entonces cómo los políticos de la Regeneración intentaron una centralización fuerte del país que incluía, como es apenas obvio, la centralización del derecho y su interpretación. Dieron, en consecuencia, un papel central a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mediante la noción de “doctrina legal”. Ésta, sin embargo, chocaba de plano con la comprensión francesa tradicional del valor meramente auxiliar de los fallos judiciales. El lector podrá conocer en este capítulo 1° cuál fue la concepción victoriosa y cómo afectó de manera decisiva el desarrollo ulterior del derecho en Colombia.

En los capítulos 2° y 3° el lector podrá recorrer esta misma discusión a partir del año de 1991, momento en el cual se reabre con gran dramatismo e intensidad luego de años de aparente consenso. El papel de la jurisprudencia ha sido y sigue siendo una de las discusiones fundamentales de nuestra propia época. Para dar sustancia a esta afirmación el capítulo 2° revisa el papel de los precedentes constitucionales hasta el año 2000. Este capítulo, por tanto, da cuenta de la forma cómo la primera y la segunda Corte definieron el papel de la jurisprudencia dentro del derecho constitucional colombiano. Mientras tanto el capítulo 3° estudia el impacto de la tercera Corte Constitucional y actualiza hasta el presente los análisis que se habían presentado en la primera edición de este libro. Al culminar este capítulo el lector tendrá un mapa del estado actual de la discusión sobre el valor del precedente jurisprudencial.

Mientras los capítulos 1° a 3° buscan analizar el valor jurídico de la jurisprudencia en la historia reciente del país, el capítulo 4° se aventura por un camino distinto: mediante un análisis empírico y comparado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte

Constitucional, el capítulo busca identificar las formas en que al día de hoy las Altas Cortes colombianas conceptualizan y usan el precedente en la fundamentación de sus sentencias. Este estudio muestra la utilización argumentativa del precedente en cada una de las Cortes, revela las concepciones subyacentes que llevan con frecuencia a enfrentamientos y malentendidos entre ellas y, finalmente, arroja luz sobre las pautas y estándares que las Cortes dan a los litigantes para la invocación efectiva de la jurisprudencia.

Presentado este estudio, se abre la Segunda Parte de este libro que he titulado “Herramientas de análisis del precedente jurisprudencial”. Los capítulos 5° y 6° buscan presentar dichas herramientas. En esos dos capítulos propongo metodologías de análisis estático y dinámico del derecho jurisprudencial, siguiendo en lo fundamental las metodologías que la misma Corte ha desarrollado y que, en mi opinión, tan sólo se han consolidado desde la primera vez que este libro fue publicado. Esas indagaciones, como se verá allí, obligan a confrontar problemas de teoría del derecho y de derecho comparado. La esperanza es que estos capítulos ofrezcan al lector formas estructuradas de trabajar con la jurisprudencia, sea para el trabajo académico o para la argumentación forense y judicial.

El capítulo 7°, finalmente, está dedicado a la “teoría del derecho judicial”. Allí invito al lector a que examine sus convicciones tradicionales sobre la “auxiliaridad” de la jurisprudencia como fuente del derecho. Trato de mostrar en ese capítulo que, de hecho, el derecho de los jueces ha sido en nuestro país más importante de lo que se admite en exposiciones más tradicionales. Hablo allí, por ejemplo, de los cambios teóricos que permitieron el florecimiento de una nueva jurisprudencia civil en los años 30 y como ese proceso puede ser integrado a las disputas teóricas contemporáneas entre el derecho tradicional y el “nuevo derecho”.

Este trabajo, como se comprenderá a lo largo de su lectura, es ambicioso: implica una crítica profunda a la forma como actualmente practicamos y concebimos el derecho constitucional, especialmente en lo que tiene relación con la Carta de Derechos. Sostengo que el derecho constitucional de los derechos fundamentales está en serio peligro de perder su credibilidad como práctica jurídica seria y poseedora de contenido específico. La crítica general consiste en lo siguiente: seguimos creyendo, la mayoría de nosotros, que el derecho constitucional consiste en tomar una norma o situación fáctica y descubrir qué derecho fundamental se está violando. Este proceso de tipificación es, además, extremadamente sencillo: las normas constitucionales son en su mayoría tan generales que no resulta difícil afir-

mar que tal norma o tal hecho son violatorios del “*debido proceso*”, de la “*dignidad humana*”, del “*Estado Social de Derecho*” o “*de la vida, honra y bienes*” de las personas. Esta tipificación apresurada se basa en la idea errónea de que las garantías constitucionales nacieron genéricas y continúan en el mismo estado. Su única especificación se encuentra en los textos constitucionales y, por tanto, la dogmática de los derechos constitucionales carece todavía de una estructura propia. Creo, como es natural, que esta descripción es cierta de la dogmática de los derechos fundamentales durante su etapa de infancia. Pero también creo que estos años de actividad intensa de la Corte Constitucional nos han llevado, por lo menos, a la juventud de nuestro derecho constitucional de los derechos fundamentales. No sostengo, de ninguna manera, que se trate de un derecho maduro y bien definido por sus cuatro costados. Pero también creo que se equivocan los que todavía ven en la Carta de Derechos una tierra virgen donde los textos pueden ser interpretados de manera absolutamente indefinida y abierta. La estructuración del derecho constitucional de los derechos fundamentales es una labor que se ha logrado mediante el “derecho de los jueces”. Pero como la mayoría de nosotros continúa apegado a la idea tradicionalista de la *auxiliaridad* de la jurisprudencia, corremos el serio peligro de practicar derecho constitucional obviando una estructura que ya se ha empezado a formar.

Este texto quiere, pues, ofrecer elementos que le permitan al juez y al practicante adentrarse en la “*estructura*” del derecho constitucional contemporáneo en Colombia. Cuando hablo de un derecho con “*estructura*” no quiero decir de ningún modo que crea en la existencia de respuestas correctas y definitivas en derecho. Por estructura entiendo, más bien, la formación de líneas jurisprudenciales en las que se han ido especificando las subreglas de derecho constitucional. Incluso en aquellos temas donde las subreglas no están todavía bien definidas, la estructura del derecho constitucional permite al menos mostrar con claridad en qué consisten las diferencias de posición. Esta estructura del derecho constitucional es en realidad una forma de creación de conocimiento social y político que podría llegar a perderse si los jueces y litigantes no aprenden a descifrarlo dentro de su aparente inmensidad. A comienzos del siglo XXI la Corte Constitucional colombiana ha fallado varios miles de casos de constitucionalidad y tutela. En puros números, esta masa decisional es intimidante para cualquiera. Esta masa de datos, sin estructuración previa y sin técnicas de interpretación de sentencias es, simplemente, inmanejable. La discusión que propone este texto podría ser útil para ayudar a dar estructura al derecho constitucional de origen jurispruden-

cial. La lectura de una línea jurisprudencial bien estructurada deja al lector mejor preparado para entender un tema social o político complejo y apremiante. Le permite entender con mejor claridad sus opciones y garantiza que las decisiones políticas y sociales que tomamos los abogados sean más eficaces, más realistas y más comprometidas. La lectura desestructurada de la jurisprudencia, en cambio, no enseña mayor cosa: las sentencias se apiñan las unas sobre las otras y cualquier valor cognitivo o jurídico que tengan se pierde en el vacío.

Este libro además quiere contribuir a conservar el valor garantista del derecho constitucional de los derechos fundamentales. El peor enemigo de los derechos fundamentales en Colombia es, por una rara paradoja, su uso desestructurado, indiscriminado y repetitivo. El derecho constitucional de los derechos fundamentales debería mantener una doble funcionalidad: por un lado, simplicidad para que las personas, sin apoyo profesional, puedan exponer sus sufrimientos, su sentido de que una injusticia se está cometiendo. El juez de tutela debe mostrar a estas personas si la traducción de su vida al derecho es coherente dada la estructura actual del derecho constitucional vigente. Pero por otro lado, los asesores profesionales deberían suministrar a sus clientes un conocimiento más detallado de sus derechos y no simplemente una “apuesta” a ver si en algún caso concreto se gana una tutela. Las “apuestas” que se hacen con el derecho constitucional enriquecen al abogado pero empobrecen a su cliente y, en general, hacen perder fuerza garantista efectiva a los derechos fundamentales. Esta forma apresurada de usar los derechos trivializa el lenguaje constitucional: yo oigo con frecuencia a personas que ironizan cuando hablan de “dignidad humana” o del “Estado Social de Derecho”. A esa ironización del contenido de los derechos fundamentales, a esa depreciación de su valor, contribuimos, por sobre todos, los constitucionalistas cuando insistimos en enseñar y practicar derecho constitucional como si todavía estuviéramos en el primer día después de la creación. La cláusula de “Estado Social de Derecho” y la formulación de “dignidad humana” ya tienen algo más de contenido del que tenían hace diez años sin que, repito, sean ahora conceptos matemáticos. Esta especificación o estructuración de los conceptos en líneas jurisprudenciales ayuda a que definamos, en serio, qué tipo de garantías mínimas estamos dispuestos a concebir como derechos fundamentales. Esta concepción del derecho fundamental evita su trivialización, su degradación. ¿Qué es un derecho fundamental en últimas? Si se me permite una definición casera, yo diría que un derecho fundamental es la decisión política y moral que hemos tomado de respetarle a una persona una libertad o una

prestación así se caiga el mundo. La condición final de mi definición casera muestra la profunda dificultad del problema: tenemos que ser capaces de definir con toda responsabilidad, pero también con toda valentía, el conjunto de atribuciones, libertades, servicios y prerrogativas que, como sociedad, estamos dispuestos a tolerar y a financiar a toda costa. Tenemos también que ser capaces de definir a quiénes han de beneficiar esos títulos jurídicos y cuándo y por qué hemos de establecer diferencias de trato entre seres humanos. Esta estructura, como es evidente, debe ser abierta en sus extremos para que sea capaz de responder flexiblemente a condiciones sociales cambiantes.

Personalmente creo que esa estructura constitucional de derechos debe ser lo más generosa posible dentro de los límites de la responsabilidad decisional. Creo, además, que los derechos constitucionales deben vigilar continua y enérgicamente los desniveles de poder político y económico que caracterizan a sociedades como la nuestra. El futuro de la democracia se ve amenazado por la concentración de poder público y privado. Nuestros sistemas de representatividad política y de bienestar social, cultural y económico se encuentran copados por intereses sociales estrechos. El conflicto interno acentúa aún más la marginación política y social de vastos sectores de nuestros compatriotas.

El derecho constitucional de los derechos fundamentales, debe tener pues, como preocupación central la vida. La vida es un extraño accidente. Algo de verdad tienen los místicos y los existencialistas cuando tratan de expresar la esencial gratuidad de la vida: es, según me parece, como una ventana pequeña y endeble que nos han dado para mirar y tocar el mundo. Cada vez me parece más claro que, de alguna manera, tenemos la obligación de hacer significativo, dignificante y productivo *para todos* ese momento de conciencia que nos ha sido gratuitamente otorgado.



INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

ÍNDICE GENERAL

PARTE I

El precedente judicial en Colombia

CAPÍTULO 1

La jurisprudencia en el siglo XIX: El nacimiento de la "doctrina probable" en la Regeneración

1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA	3
2. ORIGEN Y ESTABLECIMIENTO EN COLOMBIA DE LA "DOCTRINA LEGAL"	7
2.1. El propósito político de la Regeneración	7
2.2. La desconfianza frente a los jueces en la tradición jurídica francesa	8
2.3. La "doctrina legal" española y su recepción en Colombia	9
2.4. La crítica a la doctrina legal	21
3. NACIMIENTO DE LA "DOCTRINA PROBABLE" Y DEL SISTEMA LIBRE DE JURISPRUDENCIA ...	24
4. RECAPITULACIÓN	28

CAPÍTULO 2

La lucha legislativa y judicial por el control de las fuentes del derecho (1992-2000)

1. PANORAMA GENERAL	29
2. EL PERÍODO 1992-1995: PRIMERAS BATALLAS EN LA DEFINICIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL	33
2.1. Hacia un sistema precedencial fuerte impulsado por el Ejecutivo: el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991	33
2.2. El artículo 23 del Decreto 2067 de 1991	36

2.3. El artículo 36 del Decreto 2591 de 1991	40
2.4. Hacia el establecimiento de una doctrina de precedentes en Colombia: las sentencias C-083/95 y T-123/95	41
3. LA CONSOLIDACIÓN DE LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE (1996-2000)	50
3.1. La Ley Estatutaria de Administración de Justicia (L. 270 de 1996) ..	50
3.1.1. <i>La controversia con el Congreso de la República</i>	50
3.1.2. <i>La doctrina constitucional vigente sobre el valor de las sentencias de constitucionalidad abstracta</i>	57
3.1.3. <i>La doctrina constitucional vigente sobre el valor de las sentencias de tutela</i>	59
3.2. Consolidación del sistema de precedentes constitucionales (1997-1999)	60
3.2.1. <i>El laboratorio de cultura jurídica (Sent. T-175/97)</i>	60
3.2.2. <i>Resistencia dentro de la línea jurisprudencial (Sent. T-321/98): ¿existen reglas de precedente en la jurisdicción común?</i>	62
3.3. La línea jurisprudencial en los años 1999 y 2000	67
4. RECAPITULACIÓN	70

CAPÍTULO 3

Desarrollos recientes en el sistema de precedentes en Colombia (2001-2006)

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	73
2. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA "DOCTRINA PROBABLE"	74
2.1. Hacia el significado contemporáneo del artículo 4° de la Ley 169 de 1896	74
2.2. Hacia un régimen único del valor de la jurisprudencia	75
2.3. La interpretación contemporánea de la "doctrina probable" y de las "decisiones erróneas"	79
2.4. Precedente horizontal y vertical	83
2.5. Cambio en el precedente vertical	86
2.6. Cambio en el precedente horizontal	88
3. APLICACIONES POSTERIORES DE LA SENTENCIA C-836/2001	90
4. LA REFORMA A LA JUSTICIA DEL GOBIERNO URIBE Y LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE (2002-2005)	97
5. RECAPITULACIÓN	102

CAPÍTULO 4

Precedente vinculante vs. jurisprudencia indicativa: examen de las prácticas jurisprudenciales de las Altas Cortes colombianas

1. CARACTERIZACIÓN PRELIMINAR	109
2. TIPOLOGÍA DE LAS FORMAS DE AUTORIDAD CON LAS QUE SE REVISTE LA JURISPRUDENCIA ..	112
2.1. Analogía estricta y analogía permisiva	112
2.2. Referencia conceptual común	115
2.3. La jurisprudencia como autoridad meramente retórica	117
3. LAS ALTAS CORTES EN NÚMEROS	118
3.1. Metodología y datos	118
3.2. Análisis de los datos	122
4. MECANISMOS DE DISCIPLINA JURISPRUDENCIAL	124
5. LA DOCTRINA DEL "DERECHO VIVIENTE"	130
6. CONCLUSIONES	134

PARTE II

Herramientas de análisis del precedente jurisprudencial

CAPÍTULO 5

La línea jurisprudencial: análisis dinámico de precedentes

1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	139
2. EL PROBLEMA JURÍDICO COMO ENCABEZAMIENTO DE LA LÍNEA: LA TEORÍA DE LOS "ESCENARIOS CONSTITUCIONALES"	147
3. ESCENARIOS CONSTITUCIONALES DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD	153
4. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE: MAPA Y NARRATIVA	157
5. CLASES DE SENTENCIAS DENTRO DE UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	161
6. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	167

7.	BREVE INTRODUCCIÓN A OTRAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES	184
7.1.	Nicho citacional y valor relativo de las sentencias	184
7.2.	El problema del nivel de generalidad de la línea	187
7.3.	Líneas jurisprudenciales y parte orgánica de la Constitución	191
8.	SUMARIO	192

CAPÍTULO 6

Análisis estático del precedente judicial

1.	¿CÓMO SE INTERPRETA UNA SENTENCIA? INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ESTÁTICO DEL PRECEDENTE EN COLOMBIA	193
2.	TÉCNICAS LEGÍTIMAS E ILEGÍTIMAS DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL	203
3.	TÉCNICAS ILEGÍTIMAS DE INTERPRETACIÓN DE PRECEDENTES: "NEGACIÓN", "IGNORANCIA" Y "DESOBEDIENCIA"	206
4.	PRIMERA TÉCNICA LEGÍTIMA DE INTERPRETACIÓN DEL PRECEDENTE: OBEDIENCIA	213
5.	ARGUMENTOS LEGÍTIMOS: LA DISANALOGÍA ENTRE CASO NUEVO Y PRECEDENTE APARENTEMENTE APLICABLE	213
6.	SEGUNDA TÉCNICA LEGÍTIMA DE INTERPRETACIÓN DEL PRECEDENTE: LA DISTINCIÓN ENTRE RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTUM	216
6.1.	Dos visiones sobre la distinción entre ratio decidendi y obiter dictum	220
6.2.	La teoría de la ratio decidendi y su recepción en Colombia	230
6.2.1.	<i>La teoría angloamericana de la ratio decidendi</i>	231
6.2.2.	<i>Elementos para una teoría de la ratio decidendi en la jurisprudencia colombiana</i>	243
7.	TERCERA TÉCNICA (CIRCUNSTANCIALMENTE LEGÍTIMA) DE MANEJO DEL PRECEDENTE: EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA	260

CAPÍTULO 7

Teoría del derecho judicial: el papel político y jurídico de la jurisprudencia en la crítica antiformalista al derecho

1.	LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO: LA JURISPRUDENCIA ENTRE FORMALISMO Y ANTIFORMALISMO	265
1.1.	El tradicionalismo de fuentes: características y vigencia	265

1.2.	El antiformalismo de las teorías reformistas del derecho	269
1.2.1.	<i>Roscoe Pound y las técnicas e ideales del derecho</i>	273
1.2.2.	<i>François Géný y los antiformalistas franceses</i>	276
1.2.2.1.	El valor de la doctrina dentro de la reconstrucción antiformalista del sistema de fuentes	283
1.2.2.2.	El valor de la jurisprudencia en la obra de Géný	291
1.2.3.	<i>Los "juristas inquietos" en Colombia (1936-1940): el poder pretoriano de la jurisprudencia</i>	296
1.2.4.	<i>La teoría de fuentes en el realismo jurídico</i>	309
1.2.4.1.	Las "fuentes" sociológicas y psicológicas de la decisión judicial	310
1.2.4.2.	El papel de la "intuición" en derecho	313
1.2.4.3.	El juez como sujeto pasional en el realismo jurídico	315
1.3.	Resumen	316
2.	LA TEORÍA Y LA HISTORIA POLÍTICA DEL DERECHO JURISPRUDENCIAL A PARTIR DE 1991: PROMESAS Y PELIGROS DE LAS TÉCNICAS DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL ..	319
2.1.	¿Robin Hood?	322
2.2.	Las espinas en la rosa	326
2.2.1.	<i>Las críticas del tradicionalismo al "nuevo derecho"</i>	326
2.2.2.	<i>Otros obstáculos al nuevo derecho</i>	330