

# Vinculatoriedad del precedente y jurisprudencia como doctrina probable frente a la doctrina del derecho viviente (*Diritto vivente*)

Laura Cristina Saavedra Ramírez\*

Luis Carlos Lozano Guio\*

Recibido: febrero de 2013

Aceptado: abril de 2013

18 ▶ 30

## RESUMEN

Colombia, influenciada desde sus orígenes por el sistema francés, sistema por demás rígido frente a la aplicación de la Ley como única fuente formal, indujo en nuestro país una interpretación igualmente rígida sobre las fuentes en la aplicación del derecho, de esta forma en nuestro ordenamiento la única fuente formal era la ley, subsidiariamente la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina cumplían como criterios auxiliares de interpretación.

Sin embargo este rigorismo ha cambiado en las últimas décadas producto de la propia jurisprudencia emitida por las Cortes de Cierre y en especial por la Corte Constitucional, quien ha interpretado el artículo 230 de la Constitución Política de forma flexible permitiendo que la jurisprudencia emitida por las referidas Cortes, se pueda convertir en Doctrina Probable y a su vez generar vinculatoriedad frente a los jueces de menor jerarquía y a los pronunciamientos emanados por las Cortes de Cierre.

Es claro que aun cuando hoy se habla válidamente de Teorías de la Inaplicación del precedente, indirectamente la vinculatoriedad de las sentencias de las Cortes de Cierre se convierte en un elemento de la práctica judicial, esto apoyado en nuevas doctrinas como El Derecho Viviente, que conlleva a que la valoración de la interpretación de la jurisprudencia equivalga a la armonización en la interpretación del mismo, y a no poner en riesgo principios como la igualdad.

\* Corporación universitaria del Meta - Vicerrectorado de investigaciones, Centro de investigaciones socio jurídicas Jorge Eliecer Gaitán.

Este artículo pretende recoger los principales postulados sobre el sistema de precedentes, la doctrina probable y el derecho viviente, con el fin de analizar cuál es el efecto vinculante de las sentencias de los máximos tribunales en nuestro país.

**Palabras clave:** Doctrina probable, jurisprudencia, derecho viviente, hermenéutica jurídica, fuerza vinculante

---

## ABSTRACT

---

Colombia, influenced by the French system since its origin, a rigid system against the law enforcement as the only formal source, created in our country an equally rigid interpretation about sources in law enforcement. In this way, in our system the only formal alternative source was the law and daily, case law, principles of law and doctrine fulfill as auxiliary criteria for interpretation.

However, this strictness has changed in the last decades as a product of jurisprudence issued by Courts of Closing and especially by the Constitutional Court, which has interpreted the Article 230 of the Constitution as flexibly way allowing the jurisprudence issued for the courts mentioned can be transformed in Probable Doctrine and to generate entailment between lower-ranking judges and the pronouncements issued by the Courts of Closing.

It is clear that even though today it is talk about validity of Non-application Theories of precedent, indirectly the entailment between judgments of Courts of Closing becomes an element of judicial practice, this is supported in new doctrines as Living Right, that entails to the assessment of the interpretation of jurisprudence being equal to the harmonization in the interpretation thereof, and not threatening principles such as equality.

This article aims to include the main tenets of the precedents system, the probable doctrine and the living right, in order to analyze which is the binding effect of the decisions of the highest courts in our country.

**Keywords:** Probable doctrine, jurisprudence, right living, legal hermeneutics, binding force

## Introducción

La fuerza vinculante de la jurisprudencia emitida por las denominadas “Cortes de Cierre” en el ordenamiento jurídico colombiano y en especial aquella formulada por la Corte Constitucional, ha sido un tema de álgidos debates que han adquirido gran importancia frente a la administración de justicia en Colombia.

Colombia a pesar de su esencia legalista empieza a originar un sistema de precedentes que se desarrolla en torno a conseguir la interpretación uniforme de la Ley y asegurar la conservación de Principios Generales del Derecho como: la igualdad frente a los pronunciamientos jurisdiccionales en casos similares cuando se discute un mismo punto de derecho, seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento jurídico.

Colombia no escapó a la influencia del racionalismo codificador postrevolucionario francés que erigía a la Ley en la principal fuente de derecho y atribuía a la jurisprudencia sólo el carácter de criterio auxiliar. Estos dos pilares del derecho continental fueron reconocidos por el aún vigente Código Civil de 1873, redactado por Andrés Bello con una clara inspiración del Código Napoleónico de 1804. En la cual el artículo 17 prescribía “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas” y prohíbe “a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria” (Ley 84 de 1873). De este artículo se deriva que la Ley debe

ser la única fuente formal de derecho que vincula al juez. Si el juez desconoce la Ley, falla por fuera del derecho (Pulido, 2008).

Según el Código Civil a diferencia de la Ley la Jurisprudencia no vincula al juez. Solo lo orienta para decidir casos sub judice cuando la solución no aparezca con claridad en la ley<sup>1</sup>. Por consiguiente, la jurisprudencia debería ser una fuente supletoria, cuya eficacia deber estar condicionada a la existencia de problemas hermenéuticos de oscuridad de la disposición legal<sup>2</sup>, la falta de coherencia entre disposiciones de igual jerarquía<sup>3</sup> o falta de plenitud del orden normativo<sup>4</sup>. Según esta línea argumentativa, si el juez desconoce la jurisprudencia, puede que no aplique al caso la mejor interpretación jurídica, pero falla dentro del Derecho (Pulido, 2008). Concepción netamente legalista.

A pesar de esta meridiana filiación del derecho colombiano a los principios legalistas del sistema de derecho continental, en los años treinta del siglo XX ocurrió un fenómeno particular, la Corte Suprema de Justicia, conformada en aquel entonces por un grupo de juristas

- 1 El Artículo 8 de la ley 153 de 1887 “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”. La jurisprudencia que aplica la analogía y las reglas generales de derecho adquiere autoridad y es seguida en casos futuros. Por su parte, de acuerdo con las sentencias C-083 de 1995 y C-068 de 2000, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es Doctrina constitucional integradora.
- 2 En este caso la jurisprudencia debe aclarar el propósito de la disposición legal oscura.
- 3 En este caso la jurisprudencia debe determinar cuál de las disposiciones legales debía de aplicarse.
- 4 En este caso la jurisprudencia debe llenar la laguna normativa.

y conocida para la posteridad como la “Corte de Oro”, profirió varias sentencias que introdujeron al sistema jurídico nuevos elementos que no aparecían en las leyes. Aun cuando estos conceptos no adquirieron reconocimiento legal, fueron aplicados por los jueces civiles de inferior jerarquía para resolver casos futuros. (Pulido, 2008). En esta oportunidad la Corte Suprema de Justicia utilizando sus sentencias de Casación controló el obediencia por parte de los jueces inferiores a su jurisprudencia. Fue así como la “Corte de Oro” originó realmente los primeros precedentes del derecho colombiano. (Pulido, 2008).

Con la necesidad de adecuar el Derecho con los acontecimientos políticos, económicos y sociales que vivía Colombia, se presenta la transición del régimen constitucional con la expedición de un nuevo texto constitucional, el cual en su artículo 230 reiteró la formulación tradicional sobre la fuerza vinculante de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia “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.” (Pulido, 2008)

A pesar de esta formulación tradicional, durante los años posteriores se trabó una discusión en torno al problema ¿Si las sentencias judiciales, y sobre todo las de la Corte Constitucional debían tener el carácter de precedente? (Pulido, 2008)

Es así, como en los últimos tiempos, el Sistema de precedente Judicial adoptado ha interactuado con otras instituciones jurídicas como la Doctrina Probable, la Doctrina Legal, la Doctrina del Derecho

Viviente. Logrando no desconocer, que en la práctica judicial moderna el uso reiterado de la jurisprudencia se ha convertido en una herramienta fundamental del quehacer jurídico. Bajo esta premisa es necesario entender ¿Cuáles son los cambios doctrinarios y jurisprudenciales que permiten una interpretación flexible del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia y dar un uso eficaz a la jurisprudencia utilizando el sistema de precedentes y su correlación con la Doctrina del Derecho Viviente en pro de la cohesión y unificación jurisprudencial?. Convirtiéndose en el objeto principal que pretende desarrollar este artículo.

## Interpretación del Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia

El artículo 230 de la constitución ha experimentado una mutación por vía jurisprudencial. La jurisprudencia constitucional se ha apartado de la interpretación común del concepto de “criterio auxiliar” como un concepto que excluye la fuerza vinculante. Correlativamente se ha enfatizado que la jurisprudencia forma parte del imperio de la ley al que el juez ésta sometido. Con base en la distinción entre disposición y norma, bien conocida en la teoría del derecho. La Corte Constitucional ha señalado que la jurisprudencia contiene las normas que resultan de la interpretación de las disposiciones jurídicas y que especifican su contenido. De este modo, por ejemplo, ha señalado que “la interpretación constitucional fijada por la Corte Constitucional determina el

contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la constitución” (C-836, 2001). En una amplia interpretación la Corte ha sostenido que el concepto de imperio de la ley se refiere a todo el ordenamiento jurídico y no solo a la ley formal. (Pulido, 2008).

Durante el proceso de interpretación del artículo 230 de la Constitución, aparecen en el escenario jurídico colombiano dos tesis dogmáticas la Escéptica y en oposición la Optimista (Pulido, 2008) que se integraron con sus análisis a la labor interpretativa del mencionado artículo.

### **Tesis escéptica**

Se funda en negar la posibilidad de la idea de precedente en el derecho colombiano. Su principal motivo consiste en una interpretación histórica y literal del mencionado artículo 230 de la Constitución. Fiel a la voluntad del constituyente, esta interpretación sostiene que la Constitución definió a la Ley como la única fuente del derecho que vincula al juez, para proteger la independencia judicial (Estrada, 2003), además esta tesis señala que en el derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las Altas Cortes y que el principio del “stare decisis” es propio de un modelo de “case law”, incompatible con nuestro sistema de derecho continental. Esta tesis, encontró abanderados en varios magistrados de la primera Corte Constitucional (Medina, 2000) y se perfiló como la doctrina determinante.

Fiel a estos preceptos, el Máximo Tribunal Constitucional expide la sentencia

C- 131 de 1993 en esta sentencia la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “obligatorio” contenida en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 que establecía: “la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia” (C-131, 1993). Del mismo modo, su espíritu caló en la redacción del artículo 48 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que reiteró que la parte motiva de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional “constituirían criterio auxiliar para la actividad judicial y ampara la aplicación de las normas de derecho en general” (Ley-270, 1996). En la sentencia C-037 de 1996, sorpresivamente la Corte Constitucional modificó la redacción inicial de esta disposición, para atribuir carácter obligatorio a las interpretaciones que ella misma hace “por vía de autoridad” (C-037, 1996).

### **Tesis optimista**

Considera que la atribución de fuerza vinculante de la jurisprudencia implica que el juez está sujeto a las sentencias judiciales que han resuelto casos pasados, y no a las opiniones e intereses de los demás jueces, sobre todo de los magistrados de las Altas Cortes.

Otro argumento que defiende la Tesis Optimista relacionado con la interpretación del artículo 230 de la Constitución se ha vinculado sistemáticamente con el respeto del Principio de la Igualdad. Si los jueces no observan los precedentes, vulneran este principio, pues otorga injustificadamente un trato diverso a dos individuos o a situaciones jurídicas idénticas

o análogas. Este hecho constituye una discriminación, prohibida por el artículo 13 de la Constitución. (Pulido, 2008).

Se presenta posteriormente un enfrentamiento entre esta tesis, donde la Tesis Optimista empieza a exponer fuertes críticas a la Tesis Escéptica con algunos argumentos adicionales<sup>5</sup>, en primer lugar, la ganancia en coherencia para el ordenamiento jurídico se paga con el alto costo de impedir la evolución de la jurisprudencia, bien sea para amoldarse a los acaecimientos que sobrevengan en la realidad social o para corregir los errores interpretativos del pasado. En segundo lugar, el principio de igualdad también exige en ocasiones tratar de modo diferente dos casos idénticos y, por lo tanto, apartarse de la jurisprudencia. Por último, junto a la estabilidad, también es necesario garantizar la flexibilidad del sistema jurídico. La garantía de la flexibilidad, así como del valor de la justicia material que en este aspecto como casi siempre se contrapone a la seguridad jurídica, también dependería de la posibilidad que tenga un juez de apartarse del precedente. (Pulido, 2008). El tercer argumento, aduce que es posible desvirtuar la interpretación estricta del artículo 230 de la Constitución en que se basa la Tesis escéptica.

La independencia judicial se garantiza cuando el juez está vinculado al sistema de fuentes del derecho y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado. (Pulido, 2008)

Con todos estos argumentos se plantea el desafío de construir una interpre-

tación constitucionalmente adecuada del artículo 230 con una teoría de la vinculación al precedente, que deje a salvo la posibilidad de que cuando esté justificado los jueces posteriores puedan apartarse de la jurisprudencia y modificarla. (Pulido, 2008).

Por último, debe decirse que esta interpretación del artículo 230 de la Constitución se ha acompañado en la práctica de un control efectivo del respeto a la vinculación del precedente. La vinculación del precedente se ha controlado mediante el ejercicio de los recursos de casación, súplica y la acción de tutela contra sentencia judicial por las altas (Pulido, 2008)

### Doctrina probable

Definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto. Esta técnica tiene antecedentes en el derecho romano en lo que se llamaba la perpetuo “*similiter iudicatarum*”. Esta figura tuvo origen en la Doctrina Legal más probable, consagrada en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 (Ley-153, 1887) como se indica en la Sentencia (C-836, 2001). Posteriormente en la (Ley-105, 1890) se especificaron aun más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de Doctrina Legal más probable a Doctrina Legal, manteniendo el espíritu legalista del Máximo Tribunal.

Finalmente en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 se estableció el artículo vigente de la Doctrina Probable para la Corte Suprema de Justicia. La sentencia C-836 de 2001 transformó totalmente la interpretación tradicional del antes cita-

5 Cfr. Sobre estos argumentos, por ejemplo, BENDITT. “The Rule of Precedent”. cit.

do artículo 4° de la Ley 169 de 1896 y estableció que los jueces y tribunales están vinculados a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, como máximos tribunales de cierre de cada una de las jurisdicciones y da la posibilidad de si quieren apartarse de ella, “están obligados a exponer clara y razonablemente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión” (Medina, 2007), de conformidad con las exigencias que hacen posible inaplicar y modificar los precedentes.

En palabras de la referida C-836 de 2001, corresponde a los jueces, y particularmente a la Corte Suprema, como autoridad encargada de unificar la jurisprudencia nacional, interpretar el ordenamiento jurídico. En esa medida, la labor creadora de este máximo tribunal consiste en formular explícitamente principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del ordenamiento. Sin embargo, esta labor no es cognitiva sino constructiva, estos principios y reglas no son inmanentes al ordenamiento, ni son descubiertos por el juez, sino que, como fuentes materiales, son un producto social creado judicialmente, necesario para permitir que el sistema jurídico sirva su propósito como elemento regulador y transformador de la realidad social. Con todo, para cumplir su propósito como elemento de regulación y transformación social, la creación judicial de derecho debe contar también con la suficiente flexibilidad para adecuarse a realidades y necesidades sociales cambiantes. Por lo tanto, no se puede dar a la doctrina judicial un carácter tan obligatorio que con ello se sacrifiquen otros

valores y principios constitucionalmente protegidos, o que petrifique el derecho hasta el punto de impedirle responder a las necesidades sociales.

### **El precedente judicial**

En este orden de ideas es ineludible formularnos la pregunta sobre jurídicamente qué constituye precedente y se refiere a dos aspectos: 1. ¿cuántas sentencias se necesitan para que exista precedente? y 2. ¿Qué parte de la sentencia constituye precedente? (Pulido, 2008).

#### **¿Cuántas sentencias se necesitan para que exista precedente?**

En el derecho colombiano este interrogante tiene dos respuestas. Si se trata de la jurisprudencia constitucional, se necesita una sola sentencia de la Corte Constitucional para que exista precedente. Esto quiere decir, como ella misma ha sostenido, toda sentencia de la Alta Corte constituye precedente. En cambio, la respuesta es distinta cuando se trata de la jurisdicción ordinaria. Tanto el artículo 4° de la Ley 169 de 1896 (Ley-169, 1896) como la sentencia C-836 de 2001 (C-836, 2001) determinan que no es una sino tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho, constituyen “Doctrina Legal” y conforman precedente. (Pulido, 2008).

#### **¿Qué parte de una sentencia constituye precedente?**

Como señala la sentencia (SU-1300, 2001), en la construcción de la Teoría de la Obligatoriedad de los precedentes judiciales,

la Corte Constitucional ha usado los conceptos de *decisum*, *ratio decidendi* y los *óbiters dicta*. El *decisum* es el fallo o la “resolución concreta del caso”. Esta parte de la sentencia despliega sus efectos *erga omnes* e *inter partes*, según el tipo de proceso de ella. Se predica el carácter de precedente solo a la *ratio decidendi*, que se define como “la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica”. La *ratio decidendi* es la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas. La *ratio decidendi* se diferencia además de los *óbiters dicta*, por que la Corte Constitucional los define como una parte de la sentencia que “no tienen poder vinculante, sino una fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del tribunal, y constituye criterio auxiliar de interpretación”. Los *óbiters dicta* son afirmaciones casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que solo cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso. De ningún modo constituye precedente (Pulido, 2008).

Si la *ratio decidendi* tiene entonces carácter de precedente. La vinculación que emana de ella la hace aplicable en todos los casos futuros que tengan supuestos de hechos análogos o idénticos (T-1022, 2002). Si el caso posterior no reviste supuestos de hechos idénticos o análogos, el juez tampoco tiene la obligación de aplicar el precedente judicial. (Pulido, 2008).

### Doctrina de la inaplicación del precedente anterior

Para garantizar la justicia del caso concreto y la posibilidad de actualización de

la jurisprudencia, todo precedente puede ser inaplicado y modificado. En la jurisprudencia colombiana, estas dos posibilidades han sido previstas y reguladas en la sentencia C-836 de 2001 (C-836, 2001). En esta sentencia la Corte Constitucional defendió la tesis según la cual, si un juez quiere apartarse del precedente, “está obligado a exponer clara y razonablemente los fundamentos jurídicos que justifiquen su decisión”. Esta decisión no es viable en cualquier caso, sino únicamente en los siguientes supuestos, que constituyen la doctrina de la inaplicación del precedente anterior (*distinguish*) y del cambio del precedente (*overruling*), válida en el derecho colombiano. (Pulido, 2008).

El primer supuesto, consiste en que a pesar de que existan similitudes entre los casos que se deban resolver y uno resuelto anteriormente por una Alta Corte, “existan diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impidan igualarlos”. El juez puede inaplicar la jurisprudencia a un determinado caso posterior cuando considere que las diferencias relevantes que median entre este segundo caso y el caso anterior exigen otorgar al segundo una solución diferente<sup>6</sup>. La Corte no traza los criterios de los que el intérprete puede valerse para distinguir u homologar dos casos similares. La Corte solo indica acertadamente que la similitud o diferencia decisiva debe referirse a la *ratio decidendi* del primer caso. El tratamiento debe ser igual, si la *ratio decidendi* del primer caso puede aplicarse al segundo, porque éste puede

6 Crf. Como un ejemplo de *distinguish* el de la Sentencia T-960 de 2000, en la cual la Corte se aparta del precedente judicial invocado por el demandante y contenido en la sentencia SU- 819 de 1999.



subsumirse bajo el supuesto de hecho de aquella. Si esta subsunción no es posible, el juez deberá apartarse de la ratio decidendi del primer caso, introducir una excepción a ella o fundamentar una nueva para el segundo caso. (Pulido, 2008).

El segundo supuesto, se presenta cuando la jurisprudencia que ha sido “adecuada en una situación social determinada, no responde adecuadamente al cambio social posterior”. La Alta Corte sostiene que en este supuesto, el juez posterior debe considerar que la jurisprudencia es “errónea”. Si se quiere conservar esta terminología, deberá hablarse de un error de idoneidad. Este tipo de error se presenta, por los efectos fácticos (e) que la ratio decidendi (rd) generó al regular la situación (s) en el momento histórico (1), ya no se producirían en el momento histórico (2), pues, por variación de las circunstancias, la aplicación de (rd) a (s) ya no conduce a (e), sino a otros efectos fácticos negativos (e<sup>1</sup>). En este caso, la carga de argumentación del juez es una carga de argumentación fáctica que debe demostrar que dadas las circunstancias (s), en el tiempo (2), la aplicación de (n) no conduce a (e), sino a (e<sup>1</sup>). Si el juez puede demostrar esta afirmación, estará legitimado para llevar a cabo un overruling de la jurisprudencia anterior. (Pulido, 2008).

Pero puede ocurrir un tercer supuesto que es análogo al anterior. En este caso, el juez “puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”<sup>7</sup>. Como sostiene

la Corte Constitucional, “en estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión”. Este sería un segundo caso de jurisprudencia “errónea”. El error en este caso se origina porque el precedente es incoherente con el ordenamiento jurídico. (Pulido, 2008).

El juez posterior también puede apartarse de la jurisprudencia, “por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante”. Es apenas obvio que si varía la disposición debería variar la ratio decidendi. En este cuarto supuesto, la carga argumentativa del juez posterior debe demostrar que la ratio decidendi (rd1) que se desprende de la disposición (d1) ya no puede adscribirse a la disposición (d2). De este modo, estará justificado que el juez posterior se aparte de (rd1) y, a partir de la disposición (d2), fundamente una nueva ratio decidendi (rd2) (Pulido, 2008).

Estos cuatro supuestos pueden ser aplicados tanto por las Altas Cortes como por los jueces de inferior jerarquía para fundamentar la inaplicación o cambio en la jurisprudencia anterior. Si el cambio se produce en una Alta Corte, y se consolida como Doctrina Probable, será entonces de obligatorio cumplimiento por los jueces de inferior jerarquía. Carlos Bernal Pulido -el precedente en Colombia- Revista de-

7 Cfr. Como un ejemplo de este tipo de overruling la Sentencia T-012 de 2003, en la cual la Corte

dice apartarse del precedente contenido en la Sentencia C-543 de 1992. Así mismo, la Sentencia C-228 de 2002 que se apartó de los precedentes establecidos en las sentencias C-293 de 1995, C-475 de 1997, SU-717 de 1998, C-163 de 2000 y C-1711 de 2000, entre otras.

recho del Estado, n. 21 (2008) Universidad Externado de Colombia, pág. 93.

## El Derecho Viviente frente al Sistema de Precedentes Judiciales

Entre finales del 2000 y mediados del 2001 la Corte Constitucional empezó a desarrollar la doctrina del “Derecho Viviente” mediante su jurisprudencia de constitucionalidad.” (Medina, 2007). Para la Corte es fundamental que todos los jueces aumenten su nivel de obediencia frente a la (redefinida) “Doctrina Probable”; los cambios a dicha “Doctrina Probable” no deben ocurrir de manera “libre” u “oculta”, sino que deben cumplir con cargas mucho más exigentes de transparencia y argumentación. En la C-836 /01, la Corte incluso arriesga una lista de las situaciones típicas en las que tales cargas parecen cumplirse tanto para el caso del precedente ordinario vertical como del horizontal.” (Medina, 2007).

La doctrina del Derecho Viviente insiste en otro aspecto de la importancia constitucional de la Doctrina Probable definida por la jurisdicción ordinaria. En varios casos la Corte Constitucional ha admitido demandas de inconstitucionalidad en los que rehúsa examinar la constitucionalidad de interpretaciones meramente posibles de la norma acusada; en su lugar, la Corte insiste en hallar la interpretación judicial efectiva que de la norma ha hecho el juez o la administración. La constitucionalidad de la norma, por lo tanto, dependerá de que dichas interpretaciones concretas (por oposición a las posibles o pensables) estén de conformidad a la Constitución Política. (Medina, 2007).

En la sentencia C-1436/00 (C-1436, 2000), para la Corte el control de constitucionalidad no puede generar la inexecutableidad de una norma sobre el supuesto de una posible interpretación de la misma; la norma puede ser textualmente inconstitucional o puede tener una interpretación real y efectiva (en el derecho viviente) que pugne contra los textos constitucionales.” (Medina, 2007). La Corte requiere entonces conocer la jurisprudencia (doctrina vinculante) de las Cortes ordinarias para conocer la interpretación efectiva de las normas demandadas en el Derecho Viviente” (Medina, 2007). Con la aplicación del Derecho Viviente como instrumento de interpretación y cohesión se evitan dos males, de un lado, que la Corte se pronuncie sobre un significado meramente hipotético que la interpretación judicial o administrativa no le ha dado a la norma y el otro, permitir que la Corte controle no solamente la constitucionalidad del texto de la norma sino también de las interpretaciones efectivas que de la misma hacen sus organismos de aplicación (judiciales o administrativos).” (Medina, 2007).

La doctrina del Derecho Viviente está pues basada en una constatación que la Corte Constitucional venía haciendo de vieja data “el juicio de constitucionalidad requiere de una debida y cabal interpretación tanto de la preceptiva constitucional concernida como de la norma que con ella se confronta”. Por otra parte, las normas de la Ley deben ser interpretadas y aplicadas del modo que mejor convenga a los mandatos constitucionales.” (Medina, 2007).

La Doctrina del Derecho Viviente adquiere facciones más definidas en la sentencia C-557/01 (C-557, 2001). En ella se

especifican las condiciones bajo las cuales una interpretación debe ser tenida en cuenta en el juicio de constitucionalidad abstracto, es decir, se trata de “derecho viviente” constitucionalmente relevante” (Medina, 2007).

Como se verá a continuación los requisitos del “Derecho Viviente” son muy cercanos a la idea de “Doctrina Probable” que la Corte Constitucional ha reconstruido en la sentencia (C-836, 2001) “igualmente, el juicio de constitucionalidad no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla. El cumplimiento efectivo de la misión institucional que le ha sido confiada a la Corte Constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la constitución, requiere que ésta se pronuncie sobre el sentido real de las normas controladas, no sobre su significado hipotético. De lo contrario, podría declarar exequible una norma cuyos alcances y efectos son incompatibles con la Constitución, lo cual haría inocuo el control. En el mismo sentido, al suponer un determinado sentido hipotético de la norma en cuestión, podría declarar inexecutable disposiciones cuyo significado viviente es compatible con la Carta, lo cual representaría un ejercicio inadecuado de sus funciones” (Medina, 2007).

Así, para que de la jurisprudencia se pueda derivar un Derecho Viviente al cual haya de referirse el juez constitucional, no basta con la existencia de una providencia sobre uno de los conceptos contenidos en la norma demandada. Ello sería insuficiente para configurar un sentido normativo completo y el juez

constitucional estaría ante una simple aplicación de la ley” (Medina, 2007).

Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos sine qua non los siguientes: (1.) La interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales), (2.) En segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción, y (3.) La interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.” (C-557, 2001), el derecho viviente le ha permitido a la Corte Constitucional, de un lado, desechar significados hipotéticos de la norma que no aparecen en el Derecho Viviente. Es decir, la Corte se ha mostrado respetuosa frente a la interpretación de los otros máximos tribunales cuando en su práctica jurisprudencial está en consonancia con la Constitución y ello a pesar de hipotéticas lecturas de la norma contrarias a la misma (usualmente presentadas por los accionantes)” (Medina, 2007).

De otro lado, el derecho viviente le ha permitido al máximo Tribunal Constitucional declarar inexecutable interpretaciones inconstitucionales que de la

norma hacen en el Derecho Viviente las otras Cortes de cierre, o incluso la administración pública. En estos casos la Corte ha buscado evitar el fenómeno de vaciamiento constitucional en los que la ley textualmente no contraría la Constitución pero sí lo hace el derecho viviente” (Medina, 2007).

Para el presente artículo se utilizó la metodología analítica mediante la lectura libre de extractos jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, junto con doctrina formulada por autoridades académicas de la materia, que se aproximaron a nuestro tema de estudio y que se convirtieron en las fuentes formales, mediante la cual se identificaron las reglas jurisprudenciales creadas para la aplicación de la Teoría de la Obligatoriedad de los Precedentes Judiciales junto con la Doctrina Probable y el Derecho Viviente.

Se evidencia la necesidad de elaborar estrategias que permitan la corrección y racionalidad de la decisión judicial, técnicas dentro de las cuales se destaca la preferencia de un modelo de vinculación relativa a los precedentes, a los cuales se reconoce utilidad interpretativa y argumentativa, al momento de aplicar el derecho frente a cada caso concreto. Así, estudios especializados en la materia, señalan como se han ofrecido modelos explicativos en torno a la importancia del uso del precedente los cuales abarcan un aspecto pragmático y racional.

La filosofía del derecho ha elaborado distintos modelos explicativos de la relevancia de los precedentes que pretenden racionalizar su uso y se puede ordenar bajo dos tipos de argumentos, el denominado pragmático, que justifica el uso

de los precedentes en consideración a los beneficios que de ellos se obtienen, en torno a una uniforme aplicación de las leyes, en economía procesal, en pro de la predicción de las decisiones judiciales, de la seguridad jurídica y al prestigio de los jueces y tribunales. Importa destacar en este punto la utilidad que se atribuye a la Doctrina de los Precedentes en materia de economía procesal, teniendo en cuenta que desde el ámbito internacional se ha venido considerando que la tarea del funcionario judicial se ve favorecida en aquellos eventos en que el mismo encuentra consolidada una interpretación del derecho aplicable en cada caso, en tanto, su labor se contrae a entender el derecho en forma como le ha sido presentado y sólo se impone una reflexión mayor en aquellos eventos en que se considera inútil el uso, si así podemos llamarlo, que se ha dado de un mandato determinado, circunstancia que ostenta incidencia no sólo en la resolución ágil de los asuntos sometidos a conocimiento del juez, sino que garantiza la vigencia de principios ya enunciados como el principio de confianza legítima, seguridad jurídica etc. (Parra, 2004).

## Conclusiones

Con base en la argumentación anterior puede concluirse que a pesar de que el derecho colombiano tiene estructura y fundamentos de un sistema de derecho continental, después de una evolución posterior a la Constitución de 1991, tanto el derecho positivo como la práctica han llegado a reconocer que las sentencias judiciales tienen el carácter de pre-

cedente. Este carácter se fundamenta en una renovada interpretación del artículo 230 de la Constitución según la cual, la jurisprudencia que explica el contenido normativo de las disposiciones jurídicas forma parte del imperio de la ley que resulta vinculante para el juez. Esta interpretación así mismo es coherente con el respeto del principio de la igualdad y con la búsqueda de coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico.

Así mismo, se ha señalado que mientras una sola sentencia de la Corte Constitucional tiene el carácter de precedente, en la jurisdicción ordinaria sólo habrá precedente cuando se construya una línea jurisprudencial de por lo menos tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho.

En los precedentes solo la ratio decidendi vincula a los jueces, quienes deben aplicarla para solucionar los casos futuros a menos que puedan aducir razones bien fundamentadas para apartarse de ella en el supuesto de que el precedente deba ser inaplicado o modificado.

Finalmente, debe decirse que la fuerza vinculante del precedente parece consolidarse cada día en la práctica jurídica colombiana. No obstante, aún hay por lo menos dos obstáculos, uno institucional y uno fáctico, que dificultan su desarrollo. El institucional es la carencia de una delimitación de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria que determine con rigor los ámbitos de vinculación de la jurisprudencia de la una y la otra. El fáctico es la carencia de compilaciones exhaustivas de la jurisprudencia que permitan

su divulgación y de una dogmática que la analice y la construya en forma de sistema y la critique.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 169-1896, L.** (1896). Sobre Reformas Judiciales. Bogotá: Congreso de la República.
- C-037, Radicado P.E-008** (Corte Constitucional 5 de febrero de 1996).
- C-131, Demanda N° D-182 (Corte Constitucional 01 de Abril de 1993).**
- C-1436, Expediente D-2952 (Corte Constitucional 2000 de Octubre de 2000).**
- C-557, Expediente D3264 (Corte Constitucional 31 de Mayo de 2001).**
- C-836, Expediente D-3374 (Corte Constitucional 9 de Agosto de 2001).**
- Constitución Política de Colombia.** (1991). Asamblea Nacional Constituyente.
- Estrada, J.** (2003). El Precedente Jurisprudencial. En J. Estrada, Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001 (pág. 50). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ley 84 de 1873 (Congreso de la República).**
- Ley-105.** (1890). Código de Procedimientos Judiciales. Bogotá: Congreso de la República.
- Ley-153.** (1887). Código Civil. Bogotá: Congreso de la República.
- Ley-169.** (1896). Sobre Reformas Judiciales. Bogotá: Congreso de la República.
- Ley-270.** (1996). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Bogotá: Congreso de la República.
- Medina, L.** (2000). El Derecho de los Jueces. Bogotá: Legis.
- Pulido, C. B.** (2005). El Derecho de los Derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- su-1300 (Corte Constitucional 6 de Diciembre de 2001).**
- T-1022, T572.837** (Corte Constitucional 22 de Noviembre de 2002).