

ANÁLISIS DE LA CONSOLIDACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL COMO FUENTE PRIMARIA DE DERECHO

Carlos Andrés Echeverry Restrepo*

Resumen

En el documento se analizaron los aspectos generales del camino recorrido por la Corte Constitucional para dar a algunos de sus fallos, rango de Ley. Se parte de una breve descripción del caso del derecho anglosajón Marbury vs. Madison, para luego cotejar la interpretación que sobre el término 'leyes' tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la aprehendida por la Corte Constitucional colombiana. A través del análisis documental de distintas normas y sentencias se detallaron los argumentos dados por la Corte Constitucional para justificar un cambio de valor de su jurisprudencia. El resultado da cuenta de la pretensión de incremento de poder político del organismo de cierre judicial en materia constitucional, que conlleva a un desbalance de la clásica división tripartita del poder público.

Palabras clave: Constitución; Derecho Constitucional; Jurisprudencia.

* Integrante del Semillero de Investigación en Derecho Público, Programa de Ciencias Jurídicas, Sociales y Humanísticas. Fundación Universitaria del Área Andina, Seccional Pereira, Calle 24 No. 8-55 Pereira (Risaralda-Colombia). e-mail: carlosecheverry3@gmail.com

ANALYSIS OF THE CONSOLIDATION OF THE CONSTITUTIONAL PRECEDENT AS A PRIMARY SOURCE OF LAW

Abstract

The general aspects of the path followed by the Constitutional Court in order to determine certain judgments were analyzed in the document, law ranking. It starts with a brief description of the Anglo-Saxon case Marbury vs. Madison, then followed by the comparison of the interpretation of the term "laws" as held by the Inter-American Court of Human Rights, as apprehended by the Colombian Constitutional Court. The arguments given by the Constitutional Court in order to justify a change in the value of its jurisprudence were detailed through the documental analysis of different norms and sentences. The result accounts for the claim to increase the political power of the judicial closure organism in constitutional matters, which entails to an imbalance of the classical tri party division of the public power.

Keywords: Constitution; Constitutional Right; Jurisprudence.

Introducción

La creación de la Corte Constitucional como jurisdicción encargada de salvaguardar la integridad y supremacía de la *Norma Normarum* en el ordenamiento jurídico colombiano, supuso una transformación progresiva en la forma como entendíamos el Derecho, en especial del papel del juez en el logro de los fines de un Estado democrático. Uno de los principales aportes del máximo Tribunal, pero no por ello el menos polémico, es la revaloración que hizo del sistema de fuentes del Derecho nacional, al asignar un papel protagónico a las providencias del juez constitucional, erigiéndolas como fuente primaria al nivel de la Ley, alejándola así de su histórico papel de criterio auxiliar de interpretación en la actividad judicial.

El artículo 230 de la Constitución de 1991 consagra el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano, dividiéndolas en dos tipos: principales y secundarias. Las primeras tienen carácter vinculante y obligatorio para las decisiones del juez, esto es, las dudas frente a la resolución de cualquier caso puesto a su consideración deben aclararse a partir del sistema de principios, fines y normas que traen la Constitución y la Ley, entendida esta última como el producto escrito de la deliberación democrática efectuada en el Congreso de la República.

Por otro lado, las fuentes secundaria o auxiliares buscan aclarar los vacíos o lagunas que generan las particularidades de distintos casos, es decir, por la característica propia de la nomografía (1) no se prevén en las Leyes o normas primarias circunstancias cambiantes propias de la evolución de las sociedades (2) por lo

cual es necesario atender los conflictos de los asociados de un Estado a través de otras fuentes, como los principios generales del derecho, la doctrina o la jurisprudencia. No obstante, pese a la aparente claridad en la redacción del artículo 230 de la Constitución, el papel asumido por la Corte Constitucional, vía la expedición de sentencias de tutela o de constitucionalidad, ha sido la de elevar sus providencias a la categoría de fuente primaria, de obligatoria observancia en cada uno de los casos que entran a dirimirse en los diferentes niveles jurisdiccionales.

El cambio en el sistema de fuentes ha propiciado una fuerte división *ius teórica* por cuanto se rompe con una tradición jurídica europea imperante en nuestro país desde la aplicación, en épocas de la colonia española, de un sistema con un marcado protagonismo del derecho legislado y codificado, reemplazándola por una versión 'criolla' del activismo judicial anglosajón. Tal reserva frente a un 'gobierno de los jueces' encuentra su sustento en la presunta afectación de la división de poderes en nuestro ordenamiento jurídico; se critica la invasión de la rama jurisdiccional en la órbita de competencias del Constituyente primario y en la del legislador que ha llevado a alterar un régimen democrático basado en la expresión de los deseos del pueblo a través de mecanismos directos como los referendos o plebiscitos o por medio de sus representantes directos elegidos por sufragio popular.

Ahora bien, el análisis de la consolidación del llamado 'precedente constitucional' como fuente vinculante para los operadores jurídicos, autoridades pública y ciudadanía en general, se convierte en una necesidad de primera mano para entender el alcance de la Carta

Política en la regulación de diferentes temas (sociales, económicos, culturales, políticos, etc.) que son necesarios para la vida en sociedad y para comprobar que el derecho es una disciplina viva, dinámica, que evoluciona a la par con el ser humano.

Infortunadamente, el tema ha sido analizado de una forma superficial por gran parte de la cultura jurídica nacional, exceptuando los rigurosos estudios de Diego Eduardo López Medina en su Derecho de los Jueces, de Carlos Bernal Pulido en El Derecho de los Derechos (2005) y de Juan Antonio García Amado en sus Ensayos de Filosofía Jurídica (3) (2003), la percepción sobre el precedente constitucional termina convirtiéndose en una suerte de dogma no entendido: la mayoría sabe que las providencias expedidas por la Corte Constitucional son fuente primaria de Derecho, pero pocos saben por qué y, en especial, cómo fue el tránsito que llevó a la masificación del difundido credo.

Entender la naturaleza de la decisión de la Corte en darle un nuevo valor a sus Sentencias, permite aclarar el papel que desempeña la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico: ya no estamos en la era del 'Imperio de la Ley', entendiendo a esta como el producto de la deliberación democrática en el Congreso de la República, ahora nos encontramos en el 'Imperio constitucional', el cual pone al juez creador de derecho en un nivel equivalente al Constituyente primario.

Marco metodológico

Enfoque del estudio: Cualitativo, interpretativo con alcance descriptivo:

El enfoque es cualitativo, interpretativo con alcance descriptivo. Se partió del

análisis de las teorías que han intentado explicar el papel de creador de Derecho por parte del juez, de igual manera, se revisaron sentencias de la Corte Constitucional en las cuales obliga a la revisión del precedente constitucional como fuente primaria. Este ejercicio interpretativo explica las razones que utilizó la Corte Constitucional para sustentar una revaloración de sus providencias. También es descriptiva por cuanto caracterizó un fenómeno como lo es el cambio de las fuentes para los jueces decidir determinado caso, esto es, la transformación del papel del juez como autómeta de la Ley, al juez creador de Derecho.

Instrumentos de recolección de información

Información secundaria (doctrina, jurisprudencia, normas).

Interpretación

En esta fase se analizaron diferentes disposiciones constitucionales así como pronunciamientos judiciales pertinentes, entre los cuales se destaca la Opinión Consultiva OC6-86 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En segundo lugar se hizo un ejercicio de confrontación de la información tratada en el marco teórico y se verificó con los resultados del análisis documental de algunas sentencias de la Corte Constitucional que consagran los argumentos dados por este Tribunal para dar a sus providencias un efecto vinculante y *erga omnes*.

Técnica de análisis

Dado que se trató de un estudio cualitativo, la acción investigativa se

realizó fundamentalmente a través de la interpretación documental. Para ello se utilizó la técnica de análisis documental de tendencias categoriales aplicado a las sentencias consideradas más relevantes, a criterio del investigador, proferidas por la Corte Constitucional en las que se habla del precedente constitucional y de las fuentes de Derecho.

Proceso de análisis

Para llevar a cabo el análisis documental se construyó una matriz, identificando en ella cuatro categorías. La primera categoría llamada “Valor de las sentencias dentro del sistema de fuentes” expone los argumentos que ha ofrecido la Corte Constitucional sobre el valor de su precedente, en algunas ocasiones le ha dado el carácter de fuente primaria y en otras ocasiones de fuente secundaria. La segunda categoría denominada “El principio de igualdad como sustento para la obligatoriedad del precedente” presenta uno de los principales argumentos de la Corte Constitucional para dar a su precedente el valor de fuente primaria: si un juez desconoce el precedente se afecta el núcleo esencial del derecho a la igualdad. La tercera categoría es “El imperio de la Ley como ordenamiento jurídico”; aquí se presenta la tesis sobre la interpretación del artículo 230 de la Constitución en el sentido de no tomar al término Ley en forma literal como aquel producto del legislador, sino como todo el ordenamiento jurídico donde la interpretación que el juez hace de la Ley se tiene como parte de ese Imperio. Por último, la categoría “Posibilidad de desconocimiento del precedente”, presenta los argumentos que deben darse para aceptar un desconocimiento del precedente constitucional por parte de los jueces de inferior jerarquía o de otras de Altas Cortes.

Resultados

Categoría 1. Valor de las Sentencias dentro del Sistema de Fuentes. Frente al carácter obligatorio, en algunas sentencias se ha dicho que “[l]a sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria”(4), o que “sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria”(5), tal calificación de sus sentencias tiene varias finalidades que sustentan la pertinencia en la nueva valoración de estas dentro del sistema de fuentes. Por ejemplo, se ha sostenido que la observancia obligatoria del sistema de precedentes “*redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos*” (6). De igual manera, la Corte señala que no solo el precedente contenido dentro de algunas sus sentencias de Constitucionalidad o de sus sentencias unificadas tienen carácter vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, también aclara que los fallos de tutela, así tengan en su parte resolutive efectos *inter partes*, deben considerarse como de obligatoria observancia por parte de los particulares y las autoridades, ciertos argumentos contenidos en su parte motiva.

Categoría 2. El principio de igualdad como sustento para la obligatoriedad del precedente. Tal vez el principal argumento para que la Corte sostenga que algunos aportes de sus providencias son fuente primaria dentro del sistema de fuentes, es que su desconocimiento puede llevar a vulnerar un derecho fundamental como lo es la igualdad. Para la Corte existen situaciones con supuestos fácticos similares que ameritan un tratamiento igual por parte de los

jueces, especialmente en tratándose de la garantía en el ejercicio de los derechos fundamentales. Se debe resaltar la conexión que se realiza entre el principio de igualdad y el de seguridad jurídica; se estima que sentencias contradictorias pueden llegar afectar la coherencia del ordenamiento jurídico, favoreciendo así la contradicción en oposición al trato igualitario frente a la Ley, que deberían tener todos los asociados del Estado.

Categoría 3. El Imperio de la Ley como ordenamiento jurídico. El artículo 230 de la Constitución consagra, en forma expresa, que el Imperio de la Ley es la fuente primaria del Derecho colombiano; no obstante, ese término ha sido objeto de agudo debate al interior de la Corporación, presentándose dos tendencias: una tradicionalista y la otra reaccionaria, en tratándose de la interpretación de la disposición constitucional anotada. Huelga decir que quien propende por la revaloración del sistema de fuentes del derecho, también da un alcance amplio al término Imperio de la Ley consagrado en el artículo 230 Superior.

Se sostiene que la Ley no puede asumirse como el producto formal del Legislativo, por cuanto también hace parte de ella el análisis del juez para darle sentido y aplicarla a un caso concreto. Ese ejercicio interpretativo complementa la finalidad de la Ley, integrando así dos esferas anteriormente separadas: la norma positiva y la decisión del juez sobre ella, esta última sin la cual no podría hacer efectivos los valores y objetivos contemplados en el texto constitucional. Por otro lado, se resalta la línea de quienes mantienen una posición conservadora en cuanto al alcance de la jurisprudencia constitucional: para los

defensores de esta posición, el imperio de la Ley debe interpretarse en forma literal, esto es, como norma positiva, y el criterio del juez consignado en sus providencias, simplemente debe ser visto como fuente auxiliar de la actividad judicial. No obstante, toca reconocer que la posición tradicionalista era más fuerte en la década de los 90 del siglo pasado, ahora las voces que se oponen a dar a la jurisprudencia un valor que a primera vista no consagra la Constitución, no tienen la fuerza suficiente para obligar a la Corte a dar un giro en su propio precedente.

Categoría 4. Posibilidad de desconocimiento del precedente. La Corte acepta tácitamente que en ciertas ocasiones el juez constitucional puede cometer injusticias o que los escenarios políticos - sociales - jurídicos cambian en forma abrupta, repentina, exigiendo un giro en cuanto a la actualización del precedente, pues para la nueva situación se vuelve inaplicable su forzoso seguimiento. La característica que le otorga al precedente va a estar siempre enmarcada en una carga argumentativa poderosa, ya que de esta depende o su sujeción ineludible o la posibilidad de apartarse de ella en ciertos contextos. Se ofrece así un espacio de movilidad al juez inferior y al de otras altas Cortes para abandonar, en contextos muy especiales, los criterios jurisprudenciales que en este caso son entendidos ya no como secundarios sino como principales. Esos contextos especiales deben estar enmarcados por la existencia de dos elementos para que se pueda desconocer la obligatoriedad del precedente: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad.

El estudio buscó conocer cuáles eran los principales argumentos que sustentaron un cambio de valor de la jurisprudencia constitucional, del análisis documental y encontró dos tipos de argumentos (principal y secundarios) que intentan sostener la tesis de la calidad de fuente primaria del precedente constitucional; el principal argumento primario es el valor especial que se da, en un juicio de proporcionalidad, al principio de igualdad sobre el principio de autonomía judicial, para la Corte ha sido claro que lo importante es fallar casos con supuestos fácticos similares en forma idéntica a como fueron resueltos anteriormente por las altas Cortes, dando un peso especial al precedente constitucional por delimitar el alcance de derechos fundamentales. Por otro lado, también encontramos argumentos secundarios que ayudan a fortalecer el especialísimo valor asignado al principio a la igualdad, entre esas explicaciones encontramos la seguridad jurídica, la de los fines del Estado y la de la coherencia plena del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el inconveniente principal radica en la aparente claridad textual del artículo 230 de la Constitución, si la Corte Constitucional quería dar a algunos argumentos contenidos en sus providencias un rango igual a la Ley, debía reinterpretar el concepto mismo de Ley. Como observamos, el máximo Tribunal ha venido sosteniendo que dicho término es más amplio que lo tradicionalmente aceptado, dentro del concepto debe incluirse el activo papel desempeñado por el juez para darle

sentido a la norma positiva y lograr con ello su finalidad. Empero, no se entiende por qué en algunos casos sí se asume a la jurisprudencia como criterio auxiliar, como cuando la Corte dice que tal calidad solamente la tiene sus *Obiter dictum*, pero en otros ya son fuente primaria (*ratio decidendi*).

Por último, un problema capital con la revaloración del sistema de fuentes tiene que ver con la garantía de discusión democrática de aquellas disposiciones que se pretenden volver de obligatorio cumplimiento para los asociados al Estado. La importancia de la Ley en su sentido clásico, radica en que el proceso de formación da prevalencia al debate democrático sobre sus alcances y se observa el principio de publicidad, el cual lleva al constituyente primario a pronunciarse en no pocas oportunidades sobre la conveniencia de la expedición y vigencia de determinada norma; cosa contraria ocurre con la jurisprudencia constitucional, elaborada sin ningún tipo de debate público.

Agradecimientos

Esta investigación no hubiese sido posible sin el concurso de las siguientes personas de la Fundación Universitaria del Área Andina Seccional Pereira: María Elena Flórez y Sandra Lorena Cárdenas, decana y directora, respectivamente, del Programa de Ciencias Jurídicas, Sociales y Humanísticas; Astrid Milena Calderón Cárdenas, Directora del Semillero en Derecho Público; Claudia García y Alba Lucía Murillo, asesoras de la investigación y el profesor Ricardo Zuluaga Gil.

REFERENCIAS

- 1 Entiéndase por nomografía la técnica mediante la cual se redactan las leyes. Un desarrollo teórico interesante sobre la nomografía puede hallarse en Bentham (2004).
- 2 En el caso de estar previstas estas circunstancias se presentan problemas en la interpretación de las normas por la vaguedad o abstracción de las disposiciones allí contenidas.
- 3 En especial el capítulo VII intitulado “*Ernst Fuchs y la doctrina del derecho libre*” (García, 2003: 148-174).
- 4 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- 5 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 6 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Teóricos

- Atienza, M. *Las razones del derecho, teoría de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. (2004).
- Bentham, J. *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Madrid: CEPC. (2004).
- Bernal Pulido, C. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. (2005).
- Bobbio, N. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis. (2005).
- Bodenheimer, E. *Teoría del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. (2004).
- Cicerón, M.T. *Inventione Rhetorica*. Madrid: Librería de los sucesores de Hernando. (1924).
- Colomer Viadel, A. *Estudios Constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. (1994).
- Fioravanti, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta. (2001).
- García Amado, J. *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Temis. (2003).
- Goldstone, L. *The activist, John Marshall, Marbury v Madison, and the myth of judicial review*. New York: Walker Company. (2008).
- Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. (1961).
- _____, Dworkin, R. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del hombre Editores. (2005).
- Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. (1982).
- Kennedy, D. *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá: Siglo del hombre editores, et al. (1999).
- López Medina, D. *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá. Ediciones UNIANDES. (2006).
- _____. *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, et al. (2005).
- MacGregor Burns, J. *Packing the Court, the rise of judicial power and the coming crisis of the Supreme Court*. New York: Penguin Books. (2009).
- Nino, C. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel. (1983).
- Plazas Vega, M. *Ideas Políticas y teoría del derecho*. Bogotá: Editorial Temis, Universidad del Rosario. (2003).
- Sanín Restrepo, R. –compilador-. *Justicia Constitucional, el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Legis. (2006).

- Sewabe, J. –compilador-. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. (2003).
- Strauss, D. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press. (2010).
- Tocqueville, A. *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica. (2005).
- Uprimny Yepes, R. *La práctica de la interpretación judicial*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. (2002).

Jurisprudenciales

- Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-547 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-296 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-1300 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia T-698 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional. Auto 034 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Auto 288 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC6-86.
- U.S. Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

Normativos

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.
- Constitución Política de Colombia, 1991.
- The United States Constitution, 1787.
- Judiciary Act of 1789. September 24, 1789. 1 Stat. 73. An Act to establish the Judicial Courts of the United States.