

La interpretación y desarrollo del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia. *López Vs. Tamayo. ¿Una discusión dogmática?**

Helton David Gutiérrez González**

Resumen

Muchas han sido las discusiones que se han suscitado al interior de la teoría jurídica colombiana sobre el valor de las sentencias de la Corte y su carácter vinculante para la actividad judicial. La interpretación y el alcance otorgado al artículo 230 de la carta política de 1991 ha sido objeto de maleables tendencias que al principio de los años noventa no permitían visualizar claramente, la tendencia a seguir.

No obstante lo anterior, se han erigido grandes exponentes de tendencias interpretativas antípodas entre sí, acerca del valor real de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho colombiano, argumentos a favor de darle plenos efectos vinculantes a la jurisprudencia cuyo exponente máximo desde la teoría jurídica es el maestro Diego Eduardo López Medina, y como contra polo de esta tesis situamos al maestro Javier Tamayo Jaramillo, cuya afinidad ideológica con él nutre la discusión desde la esfera de los

* El presente documento es resultado de la investigación realizada por la autora en desarrollo del programa de Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá.

** Abogado de la Universidad Libre, especialista en derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia, docente del área de derecho público de la Universidad Libre de Bogotá, asesor y litigante en derecho administrativo y constitucional.

Correo electrónico: heltonguti@hotmail.com

riesgos y peligros que representa hacer de la jurisprudencia una fuente vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave

Efecto vinculante, precedente, jurisprudencia, igualdad, seguridad jurídica, línea jurisprudencial, sentencias.

Abstract

Many discussions have risen within the Colombian legal theory concerning the value of the judgments of court and binding judicial activity, the interpretation and scope given to the article 231 of the Colombian constitution has been object of malleable tendencies in the early nineties, which disallowed the visualization of a new tendency to follow.

However, great exponents of opposite interpretative trends have arisen among themselves about the real value of the jurisprudence in the system of sources of the Colombian law; arguments in favor of giving full linking effect to the jurisprudence, whose greatest exponent from the legal theory is the master Diego Eduardo López Medina, and as against pole of this thesis is the master Javier Tamayo Jaramillo whose ideological affinity with the ius positivism nourishes the discussion from the sphere of the risks and dangers that represents jurisprudence make a binding source in the Colombian legal system.

Keywords

Binding effect, precedent, case law, equality, legal security, case-law, sentences.

Introducción

Con el presente artículo el autor pretende ilustrar y nutrir la discusión acerca de la interpretación del artículo 230 constitucional, cuyas tendencias evidencian una tensión que advierte beneficios y riesgos. Para comprender de una mejor manera lo que se pretende es necesario ahondar en la importancia, constante evolución y consolidación de una teoría concreta sobre el efecto vinculante del precedente. Igualmente es necesario conocer de manos de uno de los juristas más denotados y versados en la teorías del nuevo constitucionalismo como lo es el maestro López Medina, la evolución legal y jurisprudencial acerca del

tema, así como las posibles contradicciones que se presentan al interior de la doctrina, como lo expone Tamayo Jaramillo.

Como primer punto metodológico, se observará la evolución, discusiones y tensiones que se presentaron a lo largo de nuestra historia constitucional y que dieron origen a nuestro actual artículo 230 constitucional. Como referente obligado tomaremos la guía trazada por el maestro Diego Eduardo López Medina, en su obra, la cual ofrece una claridad metodológica en este recuento cronológico de buena parte de nuestra historia republicana.

De igual forma, se estudiarán los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional que orientan los primeros años de este tribunal afrontando la discusión en torno al tema del efecto vinculante de las sentencias de la Corte y la interpretación del artículo 230 constitucional, así mismo los cambios que generaron las actuales posiciones jurisprudenciales alrededor del presente tópico.

Luego de una nutrida línea jurisprudencial que confirma la tendencia adoptada en nuestro entorno acerca del efecto vinculante de las sentencias de la corte, se tocarán temas condensados en pronunciamientos jurisprudenciales como reglas de respeto del precedente y criterios para apartarse de él, así como también en temas delicados como la comisión del delito de prevaricato por desatención al precedente, así como el desconocimiento del mismo como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En el mismo ejercicio académico se conocerán las posturas antagónicas a la tesis defendida por López Medina, que promueve otorgar plenos efectos vinculantes a las sentencias de la Corte, posturas lideradas fervientemente por Tamayo Jaramillo donde defiende el respeto al contenido semántico del artículo 230 superior.

De parte del autor corresponde sentar la discusión acerca de la utilidad de los argumentos en el enriquecimiento de la teoría jurídica en torno al tema del precedente judicial, concluyendo si se trata de una mera discusión dogmática o bien de un discurso

del cual podemos aprender y ayudar en la construcción desde la órbita de la ciencia jurídica. En este ejercicio se esbozarán las consideraciones compartidas, y no, de uno u otro autor. Así mismo, se hará un ejercicio de aproximación hacia el devenir de las discusiones acerca del tema y, tangencialmente se aportarán algunas ideas de la fracasada reforma constitucional a la administración de justicia, además se avanzará en la comprensión sobre la implementación del respeto del precedente a través de la figura de la extensión de la jurisprudencia de que trata el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ -CPACA-.

Como último punto de la presente investigación, se dará una mirada al derecho comparado, para ver cómo los países de amplia tradición constitucional, como España e Italia, han abordado la discusión, y también cómo se han presentado esos mismos temas en el contexto latinoamericano, como en el caso de Argentina.

Problema de investigación

Para efectos de desarrollar la presente investigación, se dará respuesta al siguiente problema de investigación: ¿Poseen las sentencias de la Corte efectos vinculantes, para el ejercicio de la actividad judicial y de las actividades propias de la administración pública a la luz del artículo 230 C.N.?

Método

Para resolver el cuestionamiento planteado en el problema de investigación, se utilizará el método descriptivo en cuanto al estudio histórico y actual de referencias jurisprudenciales, alternando con el método analítico-propositivo, en cuanto hacer observaciones, críticas y posturas personales desde el punto de vista jurídico argumentativo, y finalizando con la aplicación del método de derecho comparado, dentro del cual se esbozarán de igual forma las apreciaciones y sugerencia personales del autor.

¹ Congreso de la República, 2011. Ley 1437, Diario Oficial 47.956 de 18 de enero.

Resultado de la investigación

Desarrollo histórico legal de los efectos de la Sentencia de la Corte. Nace el artículo 230 Constitucional

Variables y significativos han sido los cambios suscitados al interior de la jurisprudencia y la legislación colombiana a través de su historia que han permitido desarrollar tendencias y teorías que dan respuesta a nuestro problema de investigación.

En Colombia, la discusión tuvo origen hacia la época denominada de la regeneración², con la expedición de la Constitución de 1886. En estos tiempos se avocó el Estado colombiano hacia la necesidad de dar paso a un proceso que condujera a otorgar valor a las sentencias de la Corte³, a “reivindicar” el papel de los jueces que había sido desplazado por las ideas de la revolución francesa, que pregonaban la independencia hacia el imperio de los jueces.

En ese contexto histórico ingresaron al país tendencias europeas de derecho francés y español -más concretamente-, conocidas como la “doctrina legal” y la “jurisprudencia constante”⁴, estas dos tendencias vendrían a consolidar la base de lo que en

² Hacia 1886, el movimiento político de la Regeneración, que unió a liberales independientes y a conservadores, planteó la unificación de los diversos sectores políticos en torno a un Estado fuerte y centralizado, la religión católica como instrumento central de unificación ideológica y dio paso a un proyecto nacional que se definió en el lema “Una nación, una raza, un Dios”.

Congreso de la República, 1886. La Constitución -que bajo la consigna de ¡Regeneración total o catástrofe! introdujo reformas en la organización del Estado, en la economía y en la educación-, así como la firma, en 1887, del Concordato entre el Estado Colombiano y la Santa Sede -mediante el cual se le otorga el control de la educación a la Iglesia Católica- y la expedición de la Ley 61 de 1888 o “Ley de los Caballos” -efectivo instrumento de represión que castiga con prisión el exilio o la pérdida de los derechos políticos a quienes alteren el orden público-, son algunas de las reformas que se introdujeron y marcaron el desarrollo cultural y educativo del país durante este período. <http://www.sinic.gov.co/oei/paginas/informe/La-Regeneracion.htm>

³ En ese momento Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Creada por la Constitución Política del 4 de agosto de 1886.

⁴ López Medina, 2006, p. 13.

Colombia se conoció -al igual que el caso español- como doctrina legal⁵.

La primera manifestación de esta tendencia se evidenció en la expedición de la Ley 61 de 1886⁶. De este texto legal se resaltan tres aspectos básicos: (i) la finalidad del artículo 36, la cual era principalmente, (ii) el artículo 38 establecía las causales de nulidad para efectos de la interposición del recurso de casación, la cual establecía en su numeral 1°. Finalmente (iii) la definición en su artículo 39 de lo que es doctrina legal. De lo anterior se desprende, en un primer estadio, la “nueva” tendencia en materia del valor sobre el efecto de la sentencia de la Corte, resaltándose que este operará solo cuando no existan leyes aplicables al caso, entendidas como vacíos legales u omisiones legislativas, o cumpliendo una labor integrativa del ordenamiento jurídico.

Pese a la anterior estipulación, y no obstante los diferentes conflictos prácticos⁷ que trajo consigo esta norma, fue complementada y readecuada por el artículo 10 de la Ley 153 de 1887⁸, el cual consagró que: Esta nueva norma sintetizó en un solo artículo lo que la Ley 61 de 1886 estableció en tres; así resaltó que la aplicación de la doctrina legal más probable operaría cuando se estuviese frente a un caso dudoso, y que esa aplicación no era facultativa, sino obligatoria.

Se observa entonces que la reingeniería aplicada en esta norma revestía aún más de fuerza de la doctrina de los jueces y que su interpretación iba también a tenerse en cuenta para la resolución de casos análogos. Naturalmente, los primeros pasos de la tendencia apuntaban a radicalizar el ejercicio judicial con una fuerza desbordante que en el mismo período tendría su propio revés.

⁵ *Ibíd.*, p. 14.

⁶ Congreso de la República, 1886. Ley 61, Diario Oficial No 6.881 de 5 de diciembre.

⁷ López Medina, 2006. Narra que uno de los conflictos que tenían estas sentencias era la poca o nula difusión masiva de los fallos, lo que hacía que no fuesen conocidos por todos imposibilitando su real aplicación.

⁸ Congreso de la República, 1887. Ley 153, Diario oficial No. 7.151 del 28 de agosto.

Tres años más tarde, se redundaba en el tema haciendo más amplio el campo de aplicación de la norma y reduciendo su configuración, al consagrar en el artículo 371 de la Ley 105 de 1890⁹ que, adicional a lo anterior, la misma ley mantuvo dentro del numeral primero del artículo 369, la causal de casación la violación a la ley sustantiva y a la doctrina legal¹⁰.

Esta nueva lectura agrega componentes de necesaria atención, por un lado reduce a dos (2) las decisiones de la Corte a efectos de establecer la doctrina legal vigente y, aún más importante, la parte resolutive de las decisiones crearán una regla de derecho, de obligatorio cumplimiento.

De esa lectura se puede concluir que, al elevar a la categoría de regla de derecho la parte resolutive de las sentencias, se incurría peligrosamente en petrificar la dinámica de la actividad judicial al punto de tornar inmodificables -por parte de los mismos jueces- las decisiones tomadas.

Bajo la anterior premisa, no le era dable a los jueces incurrir en errores y suponía una infalibilidad del actuar judicial, creando muchos conflictos y cercenando la autonomía del juez en impartir justicia bajo criterios razonables y sometiéndolo a un sistema excesivamente rígido de jurisprudencia vinculante. Esta circunstancia situaba a la Corte en un plano cuasi-legislativo, y desnaturalizaba el ejercicio propio de los jueces.

Paradójicamente fue la misma Corte la que propugnó por cambiar el esquema que se venía manejando desde 1886, y en discusiones con el Congreso y en variados informes presentados, solicitó que fuera editado el concepto de doctrina legal.

Saltaba a la vista la vulneración de los principios propios de la autonomía judicial, se cercenaba la posibilidad de pensar a los jueces y convertía a los mismos en autómatas del derecho y en meros aplicadores de disposiciones jurídicas dadas por la juris-

⁹ Congreso de República, 1890. Ley 105, Diario oficial No. 8.296 del 7 de enero.

¹⁰ López Medina, 2006, p. 20.

prudencia a manera de regla, la función antes de ser judicial y de interpretación, era técnica que implicaba solo aplicación.

En el mismo contexto, las primeras resultas de las discusiones de la Corte con el Congreso lograron la derogatoria del artículo 383 de la Ley 105, a través del artículo 87 de la Ley 100 de 1892¹¹, no obstante lo anterior, la Corte insistía en la revaluación de su papel en la labor judicial.

La Corte en ese momento no pretendía hacer obligatorios sus fallos, ni tampoco quería que fueran desatendidos, en sus justas proporciones, promovió la autonomía de su ejercicio y el respeto a las decisiones tomadas amparadas en el marco de derecho imperante en ese momento.

Como punto histórico determinante, dando respuesta a los requerimientos de la Corte, se encuentra la expedición de la Ley 169 de 1896¹², la cual en su artículo 2° sobrescribe las causales de nulidad para efectos de la interposición del recurso de casación. Así establece en el numeral 1° del mismo artículo que será causal para interponer el recurso de casación: Nótese la abolición de la violación de la doctrina legal como causal de casación¹³. Finalmente, la misma Ley 169 de 1896, en su artículo 4°, le dio nuevo papel a la jurisprudencia, subrogando el artículo 10 de la Ley 153 de 1887¹⁴, así: La década descrita en precedencia, evidencia una primera tendencia -fruto del movimiento de la regeneración- consistente en dotar de fuerza a las decisiones de la Corte y propendía por radicalizar los efectos vinculantes de las decisiones de la misma. Como última etapa de esta década, se observa la tendencia -impulsada por la misma Corte- en hacer de la jurisprudencia una herramienta útil para el ejercicio judicial, sin que eso significara una usurpación de las funciones propias del legislativo, ni que se conllevará a la petrificación del sistema judicial.

¹¹ Congreso de la República, 1892. Ley 100, Diario oficial No 9.023 del 24 de diciembre de 1892.

¹² Congreso de la República, 1896. Ley 169, Diario oficial No 10.235 del 14 de enero.

¹³ López Medina, 2006, p. 25.

¹⁴ *Ibíd.* p. 25.

La lectura dada -en ese entonces- al artículo 4° de la Ley 169 de 1886, fue asemejada a la discrecionalidad del juez en acatar o no la fuerza vinculante de los fallos de la Corte, con lo que dio nacimiento a lo que doctrinalmente se conoce como sistema “libre” de jurisprudencia¹⁵, que encabeza del tratadista Antonio José Uribe¹⁶.

Esta tendencia reinó en nuestro ordenamiento jurídico nacional hasta la expedición de la Constitución de 1991, la cual daría nacimiento al artículo 230¹⁷ y crearía además la Corte Constitucional¹⁸, que sería la llamada por mandato del constituyente a definir los alcances y el efecto de las decisiones judiciales.

No obstante lo anterior, la discusión al interior de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, no sería pacífica en cuanto al

¹⁵ *Ibíd.* p. 28.

¹⁶ Biografías y Vidas, 2004-2013. Antonio José Uribe, (Medellín 1869 - Bogotá, 1942) Político, diplomático y jurisconsulto colombiano. Se doctoró en Filosofía, Letras, Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Antioquía.

Senador en 1909, cargo que repitió en 1915 y 1927. En 1911 fue elegido para la Cámara de Representantes, banco que reocupó durante el período 1925-1926. Fue electo varias veces para la presidencia de dicha corporación. Entre 1913 a 1923, fue asimismo miembro de las Comisiones Legislativa y Asesora del Ministerio de Asuntos Exteriores. http://www.biografiasyvidas.com/biografia/u/uribe_antonio.htm.

¹⁷ El artículo 230 constitucional establece el sistema de fuentes de la actividad judicial, reza su tenor literal, lo siguiente: “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”.

¹⁸ Congreso de la República, 1991. Constitución Política. Creó la jurisdicción constitucional (arts. 239-245 C.N.), la primera vez en Colombia que se establece un Tribunal Constitucional, modelo de los Tribunales Constitucionales, Austríaco -*Verfassungsgerichtshof*- 1920 y Alemán -*Bundesverfassungsgericht*- 1919, no obstante las funciones de control constitucional antes de la expedición de la Constitución del 91, estaban a cargo de la Corte Suprema de Justicia (art. 151 Constitución Política de la república de Colombia de 1886), y posteriormente estarían en la misma Corte Suprema de Justicia aquellas funciones, pero ejercidas de manera directa por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Creada por el art. 71 Acto legislativo No. 01 del 11 de diciembre de 1968, Diario oficial No. 32.673 del 17 de diciembre de 1968).

establecer el sistema de fuentes en el derecho colombiano. En este punto, es necesario tener en cuenta los argumentos del Constituyente Hernando Yepes Arcila¹⁹, a quien se le atribuye de forma acertada la paternidad del actual artículo 230 constitucional.

En un primer momento de la discusión, se quiso al interior de la Asamblea Constituyente elevar a rango constitucional el sistema de fuentes del derecho colombiano, otorgándole fuerza vinculante a los pronunciamientos de los jueces, en virtud de la aplicación de principios de derecho como la equidad y la seguridad jurídica.

No obstante lo anterior, sería precisamente Yepes Arcila quien se opondría a otorgarle rango constitucional al sistema de fuentes que tendría en la obligatoriedad de la jurisprudencia su nota preponderante. Advierte el constituyente sobre los riesgos y la indebida formulación del principio de equidad fundamentado en el respeto por el precedente judicial e insta a mantener la tradición de nuestro sistema jurídico de filiación románico germánica, al respecto sostiene:

Es por eso señor presidente, en ese principio quedaría obligatoria la jurisprudencia, es absolutamente inaceptable, no tiene posibilidad alguna de ser incorporado a nuestro régimen, pero además está técnicamente mal formulado, porque ocurre preguntarse a que antecedente judicial se refiere, cuál es el antecedente judicial a que tendría derecho alegar un ciudadano ante los tribunales, aquel sentado por el tribunal donde alega, aquel otro que proviene de los superiores de ese tribunal y no habría ninguna respuesta, no lo ofrece la formulación del principio, pero tampoco sería posible conseguirla en otras formulaciones, entonces Señor Presidente, ese enorme retroceso, ese regreso a la búsqueda de fórmulas que no son compatibilizables con toda la estructura de nuestro

¹⁹ Abogado, exmagistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1990), Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ExMagistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (1992), Conjuez del Consejo de Estado, ExMinistro de Trabajo y Seguridad Social (1998-1999). Docente Universitario.

ordenamiento jurídico, debe ser rechazado, no puede nadie oponerse a la equidad como tal, ni a la seriedad de los pronunciamientos judiciales²⁰.

Los esbozos de Yepes Arcila apuntarían a confirmar la tradición positivista y legalista de nuestro ordenamiento jurídico, y sus argumentos serían de total recibo por parte de la Asamblea Constituyente, lo que daría como resultado el triunfo del principio de legalidad como criterio principal del ordenamiento jurídico y el establecimiento de las otras fuentes como criterios complementarios, fuentes subalternas y subordinadas de forma estricta a la ley, así ese principio de legalidad tendría su denominación inicial -en palabras del Constituyente Yepes-, como la redacción original del actual artículo 230 constitucional, elaborada por el delegado Yepes Arcila, tendría el siguiente tenor:

Los jueces están sometidos a la ley y en ella deben fundarse las sentencias.

La interpretación judicial uniforme que preexista el juzgamiento, los principios generales de derecho y la equidad, son criterios para la aplicación de la ley²¹.

Se resalta con la anterior redacción propuesta que la función judicial tendría dos vertientes (i) interpretativa de parte de los jueces de superior jerarquía y otra función (ii) de aplicación de los de inferior jerarquía. Era un diseño caracterizado por el sometimiento a la ley en sentido formal y una eventual interpretación dictada será criterio de aplicación de esa ley, lo anterior traslada al juez al campo técnico de aplicación legal.

En este estadio, el juez (superior) aplica e interpreta pero para orientar la aplicación de la ley, y el juez (inferior) aplica lo dicho por la ley y lo interpretado para aplicar la ley, ecuación a consideración propia de un sistema legalista en estricto sentido.

²⁰ Presidencia de la República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Asamblea Nacional Constituyente. Sesión plenaria junio 1 (0601). p. 34.

²¹ *Ibíd.* p. 39.

Finalmente y luego de otros ajustes, se mantuvo incólume la voluntad del Constituyente Yepes, y nació la redacción actual del artículo 230 de la carta del 91, en la que se estableció como fuente principal la ley, y se conservó en el texto constitucional la tradición del sistema jurídico colombiano de respeto por el principio de legalidad.

Desarrollo constitucional y jurisprudencial del efecto vinculante de las sentencias de la Corte a partir de la Constitución colombiana de 1991. Tesis de López Medina

3.2.1. Lo mismo de lo mismo.

La expedición de la Constitución del 1991 no significó un abrupto cambio -en primera instancia- en cuanto al valor del precedente de aquél que se venía manejando. La lectura desprevenida, o si se quiere textual del artículo 230 de la carta de 1991, hacía pensar que continuábamos con un sistema puramente legalista y que la jurisprudencia sería solamente un mero criterio indicativo o auxiliar de la actividad judicial.

No obstante la anterior estipulación constitucional, el ejecutivo daría pasos para reivindicar el papel de los jueces y el alcance de sus jurisprudencias, al proferir dos decretos que sería punto de discusión entre los miembros de la recién creada, Corte Constitucional.

El Decreto 2067 de 1991²², en sus artículos 21 y 23, le otorgaba un valor diferente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (i) por un lado, el valor de las sentencias sería de cosa juzgada constitucional y obligatoria para autoridades y particulares y (ii) por el otro, mencionaba que la doctrina constitucional de la Corte será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

²² Presidencia de la República, 1991. Decreto 2067, Diario Oficial No. 40.012 del 4 de septiembre. Proferido en ejercicio de las facultades que le confieren el artículo transitorio 23 de la Constitución Política y surtido el trámite ante la Comisión Especial creada por el artículo 6 transitorio de la Constitución Política.

Las anteriores consagraciones de alcance legal dejaban entrever lagunas normativas e imprecisiones. Por un lado, el valor de las sentencias de la Corte y su obligatoriedad para con sus destinatarios (autoridades y particulares) no establecía claridad acerca de a que sentencias se hacía referencia (constitucionalidad o tutela). El legislador invita al destinatario de la ley a ubicarse en el contexto de la norma, la cual versa sobre los juicios de constitucionalidad, bajo este entendido el artículo 21 *ibídem*, le otorga a las decisiones producto del control abstracto de constitucionalidad o si se quiere a las sentencias “C” carácter obligatorio, consecuencia lógica del alcance de las normas que se examinan a través de esta modalidad de control constitucional.

Es decir, si las normas que se examinan son de orden público y de obligatorio cumplimiento para todos los ciudadanos, el resultado de ese examen en el cual se declare o no la constitucionalidad de esa norma, será igualmente obligatorio. Así, una norma declarada inexecutable no podrá ser aplicada, ni invocada, por haber sido excluida del ordenamiento jurídico. Diferente suerte correría entonces la norma declarada executable, la cual sí deberá ser aplicada o invocada por hacer parte del ordenamiento jurídico interno, máxime si “sobrevivió” el examen de constitucionalidad.

Lo que se resalta en este punto es que en uno u otro caso los fallos en sede de control de constitucionalidad serán obligatorios, obligatoriedad que no resulta de la esencia del fallo sino de la naturaleza de las normas examinadas.

Frente a la norma referida, la Corte le restó trascendencia a la redacción de la misma y a través de la sentencia C-113 de 1991, con ponencia del Dr. Jorge Arango Mejía, se limita a reiterar el efecto de las sentencias cuando éstas son dictadas en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad.

Respecto del artículo 23 del Decreto 2067/91, se observa una aparente contradicción, en la que se afirma que frente a esta disposición podría afirmarse de contera que algo auxiliar no puede ser obligatorio. No obstante, el contexto de la norma ofrece claridad en el punto, en el siguiente sentido.

La anterior norma procura conciliar el artículo 230 de la Constitución nacional, con el artículo 21 del decreto 2067 de 1991, al establecer que si bien la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la autoridad judicial, la doctrina dictada por la Corte es de carácter obligatorio por tratarse, como se dijo en precedencia, de un juicio de control abstracto de constitucionalidad, de orden público y de obligatorio cumplimiento.

Sin embargo, la Corte en la Sentencia C-131 del 1 de abril de 1993, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, confirmó la obligatoriedad de las sentencias, pero declaran la inexequibilidad de la expresión “obligatoria”, que sería más un tema de competencia, es decir, que la Corte reclama para sí la facultad de establecer los efectos propios de sus fallos.

Aunado a lo anterior, la orientación que la Corte da a su pronunciamiento, se reitera, va orientada únicamente a los efectos de la sentencias en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad; el estudio de la cosa juzgada, en sus dos ámbitos²³, la sentencia da muestra que el criterio de la Corte es razonable, pero incompleto, razonable porque se comparte el hecho de que la cosa juzgada explícita -parte resolutive- es obligatoria para todos y de igual manera aquellas consideraciones que guardan una inescindible relación con la parte resolutive del proveído, resultan obligatorias.

Incompleto, porque dentro de sus funciones, o más bien sus pronunciamientos, la Corte no solo resuelve en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, sino que también es sede de revisión de tutelas, por lo que los hasta ahora estudiados pronunciamientos no toman en todos sus frentes la discusión del efecto vinculantes de TODAS las sentencias, de TODAS las cortes²⁴.

²³ Los ámbitos de la cosa juzgada son: **Cosa juzgada explícita**, la cual no es otra que la parte resolutive de la sentencia, mientras que la **Cosa juzgada implícita**, va determinada por aquellas consideraciones que guardan consonancia y unidad frente a la parte resolutive y que se constituyen de obligatoria observancia para la actividad judicial, llamada también *ratio decidendi* o razón de la decisión.

²⁴ Además de la Corte Constitucional encontramos la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la justicia ordinaria (arts. 234 y 235

Hasta aquí los esfuerzos del ejecutivo parecían insuficientes en la labor de ampliar el espectro de acción de las sentencias de la Corte, paradójicamente “truncada” por la directa “beneficiaria”.

No obstante el interés del ejecutivo en darle a la Corte un papel preponderante en la recién reforma constitucional, la expedición del Decreto 2591 de 1991²⁵ truncaría de igual forma esas intenciones. La redacción del artículo 36 del mencionado decreto integra argumentos que serían consonantes con los posteriores y ya revisados fundamentos de las sentencias C-113 y C-131 de 1993, al afirmar que los efectos de las sentencias de revisión solo serán respecto del caso concreto.

Las circunstancias descritas en precedencia resumen los primeros años de vida de la Corte Constitucional, la cual mantendría hasta esa fecha el tradicionalismo de fuentes y daría una lectura totalmente exegética, textual y limitada a los artículos 230 y 243 de la Carta del 91.

3.2.2. Se escuchan voces de cambio

En efecto, al interior de la misma Corte vendría el cambio; cambio que un principio no fue tan significativo, pero que coadyuvó a edificar un sistema fuerte de precedente, a través de la historia constitucional contemporánea.

La Corte, en esta ocasión, no centraría su foco de discusión en los ya mencionados artículos 230 y 243 de la Carta, o más bien, la discusión no radicaría dentro de la función de revisar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, ni la de resolver tutelas. Aquí la discusión versaría sobre la labor integrativa²⁶

C.N.), y el Consejo de Estado como máximo órgano judicial de lo contencioso administrativo (art. 236 -238 C.N.).

²⁵ Presidencia de la República, 1991. Decreto 2591, Diario oficial No. 40.165 del 19 de noviembre. Proferido en ejercicio de las facultades que le confiere el literal b) del artículo transitorio 5 de la Constitución Nacional oída y llevado a cabo el trámite de que trata el artículo transitorio 6, ante la Comisión Especial,

²⁶ Entiéndase por ésta, la de llenar los vacíos o lagunas normativas que se hallen en los textos legales.

e interpretativa²⁷ de la Corte frente al ordenamiento jurídico colombiano.

El primer pronunciamiento que avizoraba esta discusión sería la sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sería en esta ocasión el magistrado Gaviria el encargado de resolver la solicitud de declaratoria de inexecutable del artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Gaviria, con su acostumbrada prosa y riqueza conceptual, logra escindir en esta sentencia el concepto de “Jurisprudencia”, con el de “Doctrina Constitucional”, afirmando que el primero de ellos fue motivo de pronunciamiento en las sentencias C-113 y C-131 de 1993, y mantiene incólume su interpretación a la luz del art. 230 de la C.N.²⁸.

En lo que respecta a la doctrina constitucional, le atribuye la característica de recoger tanto la labor interpretativa de la Corte, como la labor integrativa de la misma.

Y concluye, aseverando que la doctrina constitucional será criterio obligatorio cuando la corte cumpla la función integrativa del ordenamiento jurídico, ¿por qué?, precisamente porque la integración que hace la Constitución sobre la norma vacía o ausente no es en estricto sentido directa, debido al carácter general y abstracto de la Constitución, por lo que se tiene que acudir a lo que ha dicho la Corte, que es su interprete autorizado²⁹.

En tanto la jurisprudencia y la doctrina constitucional -cuando se interpreta la norma-, son meros criterios auxiliares, con base en el ya mencionado art. 230 superior³⁰.

En el caso específico de esta sentencia, la discusión no terminaría allí, Gaviria tendría la cuasi-disidencia del magistrado Ci-

²⁷ Se refiere a la interpretación que hace el juez frente a las normas de las cuales no se puede predicar algún tipo de interpretación hecha directamente por el legislador.

²⁸ López Medina, 2006. p. 41.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, 1993. Sentencia C-083, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁰ *Ibidem*.

fuentes, el cual aclararía el voto³¹ frente a la decisión tomada, reivindicando el valor normativo de la constitución afirmando que tanto la labor integrativa como la interpretativa deben constituir criterio obligatorio, más aun cuando la interpretación que hace la Corte la hace a la luz de la Constitución.

La aclaración de voto de Cifuentes constituiría el primer esguince del tradicionalismo de fuentes y el replanteamiento del paradigma del efecto vinculante de las sentencias de la Corte.

No satisfecho con lo anterior Cifuentes esperaría su oportunidad para estructurar su propia teoría del precedente. Su oportunidad se presentaría no en una sentencia de constitucionalidad, como hasta ahora, sino en una de tutela; el asunto de eminente relevancia constitucional trazaría una disyuntiva en la que participan el principio de autonomía judicial y el derecho a la igualdad.

Se trataba de resolver si una persona tenía derecho a recibir de parte de las autoridades -rama judicial- el mismo trato que se le dio a otra persona que se encontraba en igualdad de condiciones de la primera³².

Para resolver, la Corte establece que el principio de independencia judicial no es absoluto, porque al hacerlo le resta eficacia al principio de igualdad. Sostiene la Corte que existe una forma de conciliar los dos principios y que esto se realiza a través de la justificación debida por parte del operador judicial en exponer los criterios y motivos que lo conducen a apartarse del precedente, con lo anterior se da nacimiento a lo que se ha conocido como que no supone otra cosa que el acatamiento de un precedente y la justificación en desconocer el mismo, cuando sea del caso³³.

³¹ Aclaración de Voto: “Cuando se trata de aclaración de voto, el Magistrado disidente sólo discrepa de las motivaciones del fallo: comparte el dispositivo pero no acoge las motivaciones total o parcialmente; en este caso, el Magistrado disidente no está en la obligación de construir una decisión alternativa sino una motivación divergente”. Villamil Portilla, 2004, p. 180.

³² Corte Constitucional, 1995. Sentencia T-123, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³³ López Medina, 2006, pp. 47-48.

Así las cosas, concluye Cifuentes que el precedente se torna de obligatoria referencia para todos los operadores judiciales y que su desconocimiento debe necesariamente ir acompañado de una justificación al respecto.

El paso dado por Cifuentes fue agigantado, a partir de este momento se concreta el pleno efecto vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional en Colombia; otros seguirían su ejemplo.

José Gregorio Hernández, comparte el pensamiento de Cifuentes y le da un matiz aún más amplio y garantista al tema. Establece que ignorar el precedente equivale a la violación directa de la Constitución³⁴.

Hernández equipara la violación o desatención del precedente, a un desconocimiento abierto, injustificado y directamente violatorio del texto constitucional.

Los pronunciamientos de Cifuentes y Hernández consolidarían una tesis fuerte de vinculatoriedad del precedente, éstas sentencias dieron un giro de 360° al ya reevaluado tradicionalismo de fuentes. Su fundamento atañe a una interpretación constitucional a partir de principios constitucionales y prevalencia de la ley no en su acepción formal, sino desde su contenido material.

Sin embargo, el legislativo daría una última lucha que marcaría su descontento con los “nuevos” poderes otorgados a la Corte. Fue así como en la discusión de la ley estatutaria de administración de justicia se incluyó un artículo que tendría la intención de retornar las cosas hasta antes de 1995³⁵. Consagraba el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 los efectos de las distintas sentencias dictadas por la corte y además estableció que:

Esta redacción original de parte del artículo 48 de la LEAJ radicaba única y exclusivamente la interpretación de la Constitución en cabeza del Congreso de la República, desnaturalizando el papel dado a ésta por la misma Carta a la

³⁴ Corte Constitucional, 1995. Sentencia T-260, M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo.

³⁵ Op. Cit. p. 51

Corte Constitucional -art. 241 C.N.-, porque si bien el Congreso es el órgano legislador por antonomasia esto no significa que sea órgano constituyente.

La Corte, por su parte, hace un ataque mínimo pero contundente en la defensa de su ya consolidado sistema de precedente. La Sentencia C-037 de 1995 en ejercicio del control previo³⁶ de constitucional sería la encargada de frustrar la intención del legislativo; con ponencia Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte elabora una defensa del precedente, resaltando que la autoridad del Congreso de la República en la interpretación sobre cuerpos legislativos devienen del artículo 150 de la Carta, pero en lo que refiere a la interpretación constitucional ésta es otorgada a la Corte por mandato del artículo 241, se reitera la falta de competencia del legislativo y se protege la autoridad de la corte.

Ahora bien, en lo que respecta al segundo inciso del artículo 48 ibídem, se fija el alcance de las sentencias dictadas en juicio de tutela, la Corte reitera los postulados de la Sentencia T-123 de 1995 y T-260 de 1995, al establecer que será criterio obligatorio de la actividad judicial, la cosa juzgada explícita -decisum- y será criterio auxiliar de la actividad judicial la parte motiva de la sentencia, con excepción de aquellos apartes de la sentencia -parte motiva- que tenga una relación estrecha e inescindible con la parte decisoria de la misma, caso en el cual esos planteamientos constituirán criterio de obligatoria observancia de la actividad judicial.

De esta manera, la Corte, da por superada la discusión y hunde las intenciones del legislativo protegiendo la recién elaborada doctrina del precedente.

A partir de este instante se profieren pronunciamientos en pro de consolidar una tesis aún más fuerte de precedentes, con lineamientos claros, precisos y prácticos para el ejercicio de la actividad judicial, aun existiendo ciertos disensos minoritarios al interior de la misma Corte.

³⁶ Tobo Rodríguez, 2004, p. 168. Esta clase de control se presenta con anterioridad al momento de entrar en vigencia la norma o el acto sometido a revisión.

Haría parte fundamental de esta línea jurisprudencial, el aporte de la misma Corte a través de la sentencia SU-047 de 1999, la cual considera que los jueces en su ejercicio deben respetar el precedente jurisprudencial, sin petrificar el ordenamiento jurídico, de tal manera que se impida que una decisión judicial sea apreciada de manera distinta; lo que acá se defiende es la necesidad de establecer criterios razonables, justificables, que resuelvan el problema jurídico y que establezcan una solución más amplia y garantista que la anterior.

Esta decisión llevaría consigo la complementación de los argumentos de Hernández y Cifuentes en torno al respeto del precedente, en pro de salvaguardar el principio de igualdad y fijar criterios que justifiquen la atención al precedente; así, la Corte complementó el argumento del respeto del precedente bajo cuatro puntos: (i) primeramente, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, (ii) En segundo término, seguridad jurídica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico (iii) En tercer término, en virtud del principio de igualdad, (iv) finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad.

Estos planteamientos reflejan el buen inicio que tuvo esta tendencia al interior de la Corte Constitucional. En construcción por supuesto se quedaron varios temas que posteriormente serían abordados por la Corte y que tratarían de disipar algunos “miedos” en cuanto a los nacientes poderes del juez constitucional.

3.2.3. La estocada final

Si bien desde el año de 1995 hasta el 1999 hemos visto la construcción fructífera de la aplicación de la teoría del precedente y la redefinición del carácter vinculante de las sentencias de la Corte, se observará a continuación cómo la Corte toma el problema de raíz y pone punto final a la discusión de más de un siglo de existencia.

El pronunciamiento que encarnaría el sentir de la Corte sería a través de la sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta ocasión la Corte deja atrás su “egoísmo” y retoma una discusión histórica sobre la aún vigente Ley 169 de 1896 (arts. 2 y 4), y reescribe el legado de José Antonio Uribe en lo concerniente a su sistema libre de jurisprudencia.

La sentencia C-836 de 2001, enfoca su estudio en las expresiones de la norma, así: *probables y erróneas*. La interpretación dada por Uribe, establecía que las acepciones y determinaban discrecionalidad, autonomía de los jueces frente a las decisiones anteriormente tomadas por la Corte³⁷.

No obstante la interpretación de Uribe, la Corte actual centra su discusión sobre los conceptos *probables y erróneas*. Así, el estudio da un giro vertiginoso en la reinterpretación de la norma acusada³⁸.

Dentro del inicio en el estudio de la constitucionalidad de la norma, la Corte se deslinda de fallar para sí, dándole sentido y alcance a la norma no solo en cuanto al efecto vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional, sino también de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado como órganos supremos de la justicia ordinaria y contenciosa administrativa respectivamente.

En el mismo estudio, la corte reitera la fuerza normativa no solo de la constitución sino de la doctrina dictada por la Corte Suprema en atención al artículo 2 y 4 de la ley bajo estudio y la justifica a partir de cuatro puntos: (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento ju-

³⁷ López Medina, 2006, p. 75.

³⁸ *Ibidem*. pp. 75-82.

rídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular³⁹.

Estos puntos complementan los mencionados en el período 95-99, incorporando los principios de la buena fe y la confianza legítima, pilares del ordenamiento constitucional que necesariamente dotan de coherencia el ordenamiento jurídico y judicial.

Posterior a lo anteriormente acotado, la corte redefine las palabras, “probable” y “erróneas”, incluidas en la norma bajo estudio. En cuanto a la palabra errónea, sostuvo que:

De la lectura de los dos apartes, se afirma sin dubitación que la interpretación hecha por la Corte reafirma el efecto vinculante de carácter obligatorio de las sentencias de la Corte Suprema -entendido también el Consejo de Estado-, el estudio de las palabras “probable” y “erróneas”, restringe la lectura del artículo 4° de la Ley 169 de 1896 al respeto del sentido normativo de la jurisprudencia y la necesidad de expresar razones legítimas para apartarse del precedente jurisprudencial.

Además del valioso aporte de la Corte en las consideraciones previamente analizadas, estas no serían las únicas objeto de estudio de la misma, vendrían consideraciones sumamente valiosas que confirmarían la tendencia vinculante del precedente.

Se toma la discusión acerca de las reglas que deben cumplir los jueces en acatamiento del precedente, respecto de los jueces de inferior jerarquía (precedente vertical), y de los mismos jueces encargados de establecer la tendencia jurisprudencial como órganos de cierre (precedente horizontal).

Es necesario hacer mención de la “flexibilidad” del sistema vinculante del precedente, en palabras de Diego Eduardo López Medina, se resumen en la exigencia al juez de una doble carga en casos que no le parezca razonable seguir el precedente:

En primer lugar, “una carga de transparencia” en el sentido en que es necesario conocer y anunciar los precedentes vigentes que gravitan en contra de la nueva posición que se va a tomar,

³⁹ Corte Constitucional, 2001. Sentencia C-836, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

con lo que se prohíbe el cambio oculto de jurisprudencia; y, en segundo lugar, los jueces tienen que cumplir con una “carga de argumentación”, es decir, tienen que mostrar con claridad por qué la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica y moralmente a la anteriormente adoptada, con lo que se prohíbe el cambio jurisprudencial discrecional⁴⁰.

Estas reglas se traducen, por una parte, a la protección a los derechos y garantías relativas a la igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica y, por otra, al dinamismo y evolución del sistema jurídico-judicial, evitando lecturas e interpretaciones perennes de los derechos, garantías, principios y normas de contenido esencial.

Así las cosas, la Corte, en aras de fijar campos de maniobra y flexibilidad en los sistemas de precedente (vertical y horizontal), fijó las siguientes reglas para afrontar los eventos en que los jueces pueden apartarse de precedente: Para el precedente vertical (i) cambio legislativo, (ii) cambios en la realidad social (económica, política o social), (iii) cuando la jurisprudencia respecto de un determinado caso es imprecisa o contradictoria⁴¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, no se vislumbra dificultad aparente de parte de los jueces de instancia, cuando con ello quieran apartarse del precedente, el punto (i) es bastante claro, en el sentido que una nueva ley, un cambio en la normatividad, con una nueva orientación, vocación, motivación. Lo anterior pues resulta casi que imposible que la interpretación o integración hecha por el órgano de cierre de la norma anterior, sea perfectamente equiparable a la nueva. Es en este punto donde la labor del juez inferior crea jurisprudencia “temporal”, mientras se desarrolla plenamente un precedente definido por el órgano de cierre.

El segundo punto (ii) trae consigo un esfuerzo mayor del juez inferior, en el sentido de determinar cuándo un precedente no se ajusta a una realidad social (*V. gr.* Desplazamiento Forzado. Sentencia T-025 de 2004), o un cambio político significativo (*V.gr.*

⁴⁰ *Ibíd.* p. 85.

⁴¹ *Ibíd.* pp. 86-87.

Relección Presidencial. Sentencia C-141 de 2010) o un cambio en la realidad económica (V.gr. Sostenibilidad Fiscal. Sentencia C-288 de 2012). Esta labor resulta de la insuficiencia de lo decidido por la Corte para abarcar las situaciones que, siendo análogas, evolucionan en un contexto social, económico y político diferente.

La última de las premisas otorgadas al juez inferior (iii) son el remedio al disenso al interior del órgano de cierre, el cual se encarga de fijar el precedente que se impone con carácter vinculante, que por alguna razón no ha logrado el consenso mayoritario. Esta situación se traduce en la escogencia del juez de una decisión que no es unívoca pero que, en su saber leal y entender, responde con mayor ímpetu a los postulados de justicia, igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima; existe en este caso mayor margen de discrecionalidad judicial.

Estas reglas se convierten en criterios razonables y proporcionales que delimitan en sus justas proporciones el ejercicio jurisdiccional, en consonancia y respeto por los principios y derechos que intervienen en la administración de justicia.

Dejando claro cuál es la responsabilidad de los jueces de inferior jerarquía respecto del respeto sobre el precedente y su carácter vinculante en el ejercicio de la administración de justicia, veremos qué tan distante son estas reglas cuando quienes se quieren apartar del precedente son los mismos órganos encargados de dictarlos.

Para el precedente horizontal se establecen las siguientes reglas: (i) cuando la doctrina habiendo sido adecuada en una actuación social determinada no responda adecuadamente al cambio social posterior, (ii) cuando la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico, (iii) por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.

Se observa de estas reglas menos rigurosidad respecto del precedente vertical, y es apenas obvio, debido a que este órgano de cierre fija la directriz, en lo que a precedente respecta. La primera

de ellas (i) atañe simplemente a la discordancia entre la realidad social y el precedente fijado, haciendo insuficiente para éste responder a las necesidades de justicia que presenta la sociedad (*Vrg. Aborto*, Sentencia C-355 de 2006); la segunda (ii) es un criterio mucho más personal, subjetivo y por qué no, ambiguo, cuando la corte señala que “...la jurisprudencia resulta errónea por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”, habría que preguntarse, ¿qué situación daría lugar a que una jurisprudencia fijada, vinculante y mayoritariamente impuesta, pudiera contrariar los cimientos del ordenamiento jurídico? -entendidos como valores, objetivos, principios y derechos-. Acaso la Corte nos insta a pensar que un cambio en el modelo de Estado, o un cambio en los pilares fundantes de la Constitución sería lo único justificante para el cambio en el precedente. Se considera, entonces, que de las reglas éstas reviste mayor complejidad y mayor margen de argumentación.

Como última de las reglas se encuentra (iii) el tránsito legislativo y constitucional relevantes, los cuales tendrían la consecuencia lógica de fijar cambios en el precedente ya fijado.

Desde que se profirió esta sentencia -ya hace 10 años y más-, podemos concluir que ha habido en el camino intenciones variadas para quitarle o restarle efectividad al ejercicio del poder judicial, situaciones a las cuales la corte ha respondido con vehemencia, aunándole otros ingredientes al ya fortalecido sistema de precedentes.

3.2.4. Ajustando las tuercas

Vendría a nutrir esta línea jurisprudencial un pronunciamiento trascendental en el ejercicio de la actividad judicial, sería más una disciplina jurisprudencial cuasi-punitiva, bajo el entendido que el desconocimiento grosero y grave del precedente redundaría en una responsabilidad penal por parte del funcionario judicial, que desatiende la línea decisional.

Con ponencia del doctor Humberto Antonio Sierra Porto, la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-335 de

2008, estudia la exequibilidad del artículo 413 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal de Colombia), en lo referente al delito de prevaricato por acción.

La Corte sostiene que pueden incurrir en el delito de prevaricato por acción aquellos servidores públicos en los casos narrados en el tipo penal en dos casos específicos, haciendo uso de la cláusula cerrada de tipos penales, así: (i) cuando una providencia, resolución, dictamen o concepto sea manifiestamente contraria a la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes, siempre y cuando se trate de un fallo de control de constitucionalidad de las leyes y, (ii) cuando la jurisprudencia sentada por aquéllas que comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general.

El desconocimiento de estas dos situaciones da lugar a responsabilidad penal, no obstante el enunciado de éstos no satisface abiertamente la explicación, por lo que se ahondará en su alcance.

Cuando la Corte habla de la vinculatoriedad del precedente en ejercicio del control de constitucionalidad, se refiere al ya carácter decantado de obligatorio de los fallos cuyo contenido sea de constitucionalidad. Diversos fallos dentro de los que se encuentran los estudiados en el presente documento, ofrecen claridad al afirmar que los fallos en ejercicio de este tipo de control son obligatorios y que sus decisiones hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Lo anterior produce como efecto que la parte considerativa de esta, constituye criterio auxiliar de la actividad judicial, excepto cuando ésta sea la que guarde consonancia y una relación inescindible con el de la sentencia, en palabras de Sierra Porto y enmarcando en el ámbito de la responsabilidad penal, sostuvo tres aspectos a tener en cuenta, en cuanto al contenido de estos fallos:

(i) Desconocer el contenido de estos fallos sería violar directamente la constitución en su artículo 243 superior. (ii) Si el fallo es de exequibilidad, no le sería dable al juez recurrir a la excepción de inconstitucionalidad, (iii) si se está ante una declaratoria de constitucionalidad condicionada, igualmente le está vedado a

cualquier juez acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte.

En este punto resalta la Corte a su vez tres aspectos: (a) cuando el texto constitucional o legal es claro y concreto, admite un solo significado, no ofrece capacidad de maniobra al juez en la interpretación por lo que la violación a la jurisprudencia traduce la violación a la misma ley, y no de la interpretación que ella se haga, (b) cuando las disposiciones constitucionales o legales admiten diversos significados, afirma la Corte que existen instrumentos idóneos como el recurso de casación garantiza el carácter vinculante de la jurisprudencia decantada por aquella, sin llegar a recurrir a una medida tan drástica que suponga un límite a la libertad individual.

(c) La multiplicidad de interpretaciones que tenga una norma constitucional y legal, por su carácter general y abstracto, no supone que el servidor público que interprete o aplique de una manera diferente la norma, su conducta sea, por lo que el acto no puede catalogar de irrazonable y arbitrario, (d) tampoco es dable establecer responsabilidad de un servidor público, cuando no se tenga una jurisprudencia constante respecto de alguna disposición constitucional o legal.

(e) Por último, un grave problema práctico que consiste en la inexistencia en el país de compilaciones actualizadas y asequibles de jurisprudencia de las Altas Cortes. De tal suerte que a diferencia de lo acontecido con el texto legal, el cual debe ser debidamente y en el Diario Oficial para ser oponible a los ciudadanos, los fallos proferidos por la jurisdicción ordinaria sólo deben ser a las partes o publicados en otros casos.

De igual forma, existe el otro aspecto sobre mediante el cual recaería eventualmente una responsabilidad de orden penal, esto es, cuando la jurisprudencia sentada por aquéllas que comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general.

Sea lo primero determinar si se está en presencia de un manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitu-

cional, cuyas características esboza la Corte son: (a) se limita a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada; (b) su número resulta ser extremadamente elevado; y (c) constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general, por parte del juez constitucional, o se está en presencia de sentencias de unificación jurisprudencial.

Teniendo en cuenta lo anterior, habría responsabilidad por parte del servidor público -sujeto activo del punible de prevaricato por acción-, cuando desconozca la jurisprudencia cuando se decida en sede de control abstracto de constitucionalidad o cuando se constituya una infracción directa de los preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, cuando dichos fallos sean reiterados, que se trate de una subregla constitucional, se constituyan en interpretaciones constantes y uniformes de parte del juez constitucional. Solo en estos eventos podría decirse que la expedición de una providencia, sentencia, concepto o dictamen con abierto desconocimiento de esta subregla da lugar a responsabilidad penal.

Sin embargo, los titánicos avances en materia de protección del carácter vinculante de las sentencias de la Corte no acabaría allí. Otra tendencia que hace unos años venía gestándose, era la posibilidad de que los asociados en calidad de accionantes -en sede de tutela- pudiesen controvertir un fallo por considerarlo violatorio a la doctrina dictada por la Corte, considerándolo una vía de hecho. Veremos esto como se ha desarrollado.

3.2.5. O se atiende al precedente o...

Lo anterior tendría un desarrollo importantísimo dentro de la esfera de la protección de los derechos fundamentales, a través del concepto de vía de hecho⁴², se dio apertura a la posibilidad de que los ciudadanos pudiesen atacar de manera excepcional fallos

⁴² Corte Constitucional de Colombia, 1993. Sentencia T-079, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Y Sentencia T-158, M.P. Vladimir Naranjo Mesa. -Desarrollo del concepto de vía de hecho-

judiciales por vía de acción de tutela, cuando quiera que con ellos se vulneren derechos fundamentales.

La evolución jurisprudencial de la figura ha fijado dentro de su desarrollo requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, así como requisitos especiales o específicos de procedibilidad, entre los que se resalta y es objeto de nuestro estudio el denominado “desconocimiento del precedente”, cuya aparición es reciente y que desde su aplicación ha sido uno de los factores que han incidido con mayor fuerza en establecer la disciplina y obediencia en lo que al precedente se refiere.

La pregunta que resulta de la anterior premisa es: ¿cómo opera el Desconocimiento del Precedente como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela en contra providencias judiciales?

La Corte ha explicado que para efectos de acudir a la acción de tutela por desconocimiento del precedente, es necesario: 1) cumplir los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, 2) Se debe estar en presencia de un desconocimiento o limitación al alcance de un derecho fundamental fijado por la corte de parte del juez de instancia⁴³.

Respecto de esta situación la Corte ha sostenido que respecto del caso pendiente de decisión debe ser fallado por el juez de instancia de conformidad con el caso o los casos del pasado, “cuando (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación⁴⁴”.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, 2008. Sentencia T-766, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, 2007. Sentencia T-1092, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

El ámbito de protección que otorga la Corte a través del establecimiento de esta causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales recae sobre dos aspectos esenciales: (i) al alcance fijado por la Corte, respecto de un derecho fundamental y (ii) que las situaciones análogas –entiéndase por éstas aquellas que posean identidad fáctica, que la consecuencia jurídica prevista sea congruente con las pretensiones y que la jurisprudencia siga siendo aplicable por no haber evolucionado o porque no haya sido modificada-, sean resueltas bajo los mismos criterios y parámetros en pro de salvaguardar el derecho de igualdad, la equidad, la buena fé, la seguridad jurídica y la confianza legítima.

Esta supra garantía, consistente en la posibilidad de solicitarle al juez de tutela que otorgue el amparo constitucional, cuando quiera que en ejercicio de la actividad judicial se desconozca de manera grosera, abierta o infundada el precedente judicial, recaba en la uniformidad de nuestro sistema, en su unidad, coherencia, congruencia, cuya finalidad es, y solo debería ser, la protección integral de las garantías fundamentales de los coasociados.

3.3. Conclusiones respecto del argumento de Diego Eduardo López Medina

De lo anterior se observa que, más allá de constituir un criterio vinculante, el respeto del precedente redundará positivamente en el ejercicio del poder judicial, haciéndolo menos laxo y más estricto, sin ser pétreo, claro está, otorgando la posibilidad de desatenderlo siempre que se reúnan los requisitos y se brinden los argumentos de que trata el intérprete autorizado de la Constitución.

Por lo tanto, se concluye de forma preliminar que el precedente no es una camisa de fuerza para los jueces, ni puede considerarse una tesis que arrase de forma absoluta con la autonomía judicial, de lo que se trata es de encontrar un punto de encuentro entre la autonomía de los jueces entendida como la facultad de tomar de forma autónoma decisiones ajustadas a derecho y la observancia de las decisiones tomadas por los superiores jerárquicos dentro del marco de esa misma autonomía.

No obstante, no se podría decir que la Corte tiene la última palabra, o que ella es infalible en sus decisiones. Se reitera que siempre existirá la posibilidad de apartarse del precedente, siempre y cuando dentro del marco de autonomía judicial se le dé preminencia al respeto de las garantías fundamentales.

Los anteriores argumentos resumen lo que en el sentir de López Medina estructura en alguna parte la tesis de la vinculatoriedad del precedente, no obstante el ejercicio investigativo que él mismo realiza no se enmarca dentro de una conquista teórica propia, sino en la demostración fáctica y operativa que esta tendencia ha tenido en el ordenamiento jurídico interno. Él mismo evidencia a través del método de la línea jurisprudencial una tendencia fuerte del precedente explotando claro está sus fortalezas y apoyado con una base teórica contundente de grandes tratadistas y científicos del nuevo constitucionalismo.

Vistos los argumentos que soportan la tendencia hacia el efecto vinculante de las sentencias de la Corte es necesario observar en el presente estudio la antítesis de la tendencia jurisprudencial citada, para efectos de conocer sus críticas, riesgos y defectos en que pueda incurrir ésta soportada y bien estructurada teoría.

3.4. La otra cara de la moneda. Los argumentos de Javier Tamayo Jaramillo

Para estudiar la tesis contrapuesta a la teoría del efecto vinculante de las sentencias de la Corte, tomaremos como referencia al Dr. Javier Tamayo Jaramillo⁴⁵, quien se resalta en la discusión como uno de los más denotados contradictores de esta tendencia, su teoría la fundamenta principalmente en la férrea defensa del principio de legalidad y su decantada lucha en contra del activis-

⁴⁵ Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Magister en Derecho y Economía de Seguros de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil (1994-1995). Ha sido profesor de la Universidades Nacional, Pontificia Bolivariana de Medellín, Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Externado de Colombia entre otras.

mo judicial⁴⁶ -como denomina la avanzada de la Corte Constitucional en defensa del precedente-.

Los puntos -a criterio del autor- sobre los cuales Tamayo estructura su argumento se podrían resumir de la siguiente manera: (i) el principio de legalidad, consistente en el respeto a lo señalado por el art. 230 C.N., aunado a la interpretación semántica de la norma, en contraposición de la interpretación finalista, axiológica o valorativa, (ii) el activismo judicial de la Corte Constitucional como mecanismo de poder y (iii) la igualdad como “pretexto” para hacer obligatorios los fallos de la Corte.

El principio de legalidad como motivación principal de los formalistas va de la mano de la interpretación semántica, literal y textual del texto constitucional o legal, bajo esta perspectiva el Dr. Tamayo elabora consecuentemente su argumento con observancia y pleno “respeto” por la consigna constitucional del artículo 230, critica férreamente la postura finalista-valorista y axiológica de interpretación constitucional elaborada por la Corte, arguye entre otras apreciaciones, la subjetividad de argumentos para establecer reglas de derecho no consagradas en la norma, al tiempo que advierte históricamente, los principios no pueden ser tomados de forma categórica dado su carácter⁴⁷.

Los argumentos de Tamayo pregonan por un respeto al contenido semántico de la norma constitucional, y considera además que la voluntad del constituyente es inequívoca al darle valor auxiliar a la jurisprudencia. Agrega de paso que el método de interpretación por excelencia de interpretación normativa es el semántico, y que toda interpretación apartada de este criterio formalista carece de validez, porque no comporta la voluntad específica del órgano constituyente.

Otro de sus argumentos apunta directamente al órgano judicial encargado de elaborar esta tesis. La Corte Constitucional, en esta ocasión, es acusada de agendar políticamente sus fallos, de pretender ser instrumento de poder y usurpar funciones propias

⁴⁶ Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 12.

⁴⁷ *Ibíd.* pp. 16,39.

del legislativo, considera la tesis de la vinculatoriedad del precedente, un “sofisma” más, con el que pretende posicionarse como una súper Corte, que se irroga la facultad de estar por encima de los poderes públicos y cuya única intención es la de ejercer el poder con una agenda política definida⁴⁸.

Como último punto -a criterio del libelista- Tamayo acusa a la Corte de utilizar el “pretexto” del derecho a la igualdad, para hacer obligatorios sus fallos. Menciona, entre otras características, que no existe nada más desigualitario que quedar al arbitrio de decisiones fundadas en interpretaciones valoristas y que desconocen los postulados concretos de la ley, que la igualdad no se reputa de situaciones análogas, porque todas las situaciones son diferentes y es labor del juez verificar qué situación o situaciones deben resolverse de una u otra forma⁴⁹.

Sin duda los argumentos del Maestro Tamayo Jaramillo poseen una riqueza descriptiva y de fundamento histórico-formalista relevantes; no obstante su validez, existen para con el libelista, ciertas discrepancias que resumiré en estas breves conclusiones.

3.5. Conclusiones respecto de Javier Tamayo Jaramillo

Es de resaltar la dialéctica del maestro Tamayo, al defender sus posturas y refutar de forma implacable la tendencia de la Corte Constitucional al otorgarle efecto vinculante a sus fallos, empero se vislumbra en sus apreciaciones, más una lucha frontal, práctica y personal, pero de poca fuerza teórica y argumentativa, los episodios narrados por Tamayo dejan ver una “animadversión” por el papel protagónico que ha asumido la Corte desde su establecimiento y entrada en vigencia a partir del 7 de junio de 1992.

Su argumento del respeto del principio de legalidad y la interpretación semántica de la norma, desconoce interpretaciones finalistas y valoristas que tanto beneficio han hecho a nuestro sistema de derecho constitucional, tendencias traídas a nuestro entorno por teóricos del derecho como H.L.A. Hart⁵⁰ y Ronald

⁴⁸ *Ibíd.* pp. 26-27.

⁴⁹ *Ibíd.* pp. 29-30.

⁵⁰ Hart, 1964.

Dworkin⁵¹ y validadas por López Medina, de las cuales podemos recoger exitosas experiencias propias que no hubiesen sido posible sin la anuencia de este método interpretativo.

A manera de ejemplo, se encuentra (i) la tutela efectiva de los derechos que no se encuentran consagrados en el Capítulo 1° el Título II de la Constitución Política de Colombia, en virtud de la tesis de la conexidad⁵², (ii) la posibilidad de que las mujeres, víctimas de delitos de acceso carnal, incesto y otros delitos afines, o que aquellas mujeres que en razón de su embarazo esté en riesgo su vida, o que su feto tenga congénita una malformación que haga inviable su vida, podrá interrumpir de manera voluntaria su embarazo⁵³, (iii) la declaratoria de un para la protección de derechos fundamentales de una población vulnerable como son los desplazados⁵⁴, entre otros, son ejemplos de la conveniencia y utilidad de una interpretación, hecha a la luz de la misma Constitución y que contrario a destruir el núcleo semántico de las estipulaciones constitucionales, le otorgan sentido y garantizan la efectividad de los derechos fundamentales como fin esencial⁵⁵ del estado social de derecho.

Como se ha visto a lo largo de nuestra reciente historia constitucional, la interpretación finalista y valorista de la constitución ha aportado innumerables avances que revisten de coherencia nuestro sistema de derechos fundamentales, sin el concurso de ellos, muy seguramente estuviésemos petrificados en un rígido formalismo que determinaría al Tribunal Constitucional, solo aplicar la Constitución en estricto sentido, con desconocimiento claro, de la voluntad intrínseca del constituyente, en lograr, entre otros, la justicia social, el orden

⁵¹ Dworkin, 2002, p. 176.

⁵² Corte Constitucional de Colombia, 2002. Sentencia T-406, M.P. Ciro Angarita Barón.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, 2006. Sentencia C-355 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, 2004. Sentencia T-025. Manuel Cepeda Espinosa.

⁵⁵ Congreso de la República, 1991. Constitución Política de Colombia, Artículo 2°.

justo, la igualdad, la equidad, la seguridad jurídica, la efectividad de los derechos fundamentales etc.

Ciertamente el otro argumento de Tamayo, no se encuentra fuera de tono, cuando arguye que, si bien es una apreciación subjetiva, no deja de llamar la atención cuando la Corte toma atribuciones más allá de las que se podría pensar le otorgó el constituyente primario, facultades de estudiar de fondo la convocatoria a un referendo reformativo de la Constitución⁵⁶, facultad de hacer seguimiento al cumplimiento efectivo de sus fallos⁵⁷, otórgales efectos retroactivos⁵⁸ o diferidos⁵⁹ a sus fallos, entre otras atribuciones, dejan entre ver que muchas ocasiones la Corte puede que actúe como activista político, y pueda que en otras ocasiones raye en la extralimitación de funciones, tema que debe ser revisado y atendido de forma especial, ya que el exceso de ese activismo político puede lesionar gravemente el equilibrio de poderes, el sistema de pesos y contrapesos, y ¿por qué no? la credibilidad en este alto tribunal.

En cuanto al otro eje fundamental de la discusión, como lo es el derecho a la igualdad, el cual además de considerarse como un derecho y una garantía de orden superior, constituye una utopía para los países democráticos, la igualdad en su expresión absoluta resulta imposible lograr, pero es un ideal a conseguir, el hecho de que se soporte toda una tesis de precedente en torno a la igualdad, no desconoce los postulados del artículo 230 como lo sugiere Tamayo, por el contrario, se piensa que si el constituyente del 1991 le dio carácter auxiliar como sistema de fuentes a la jurisprudencia, fue el mismo interprete de esa voluntad constituyente el que condicionó su vinculatoriedad, como presupuesto para la obtención de igualdad material cuando concurrieran los requisitos para así hacerlo. La igualdad no es un sofisma, es un fin en sí mismo y

⁵⁶ Corte Constitucional, 2010. Sentencia C-141, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁷ Ver entre otros: Corte Constitucional, 2009. Auto 009, Auto 011, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, 1993. Sentencia C-149, M.P. XXXXXX

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, 2001. Sentencia C-737. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

todos los órganos del Estado deben procurar en lo posible su cometido.

Claro que existen riesgos como lo señala Tamayo, cuando una Corte vuelve obligatorios sus fallos, pero esta obligatoriedad no es pétrea, admite mentís, evoluciona, muta, siempre en pro y en apego a la defensa de los derechos inherentes a la persona humana. Riesgos existirán siempre en cualquiera de los escenarios, pero sí de escoger se trata, resulta más admisible un riesgo que promueva la defensa de los derechos fundamentales, a aquella que cause su limitación y restricción.

3.6. El “mano a mano”

Vistos a grandes rasgos, los argumentos de nuestros protagonistas, es necesario documentar el “mano a mano” librado por ellos a través del portal ámbito jurídico -donde fungen nuestros referentes doctrinarios como columnistas-. En ese escenario se dio una muestra de la tensión que a nivel académico sostienen los maestros López Medina y Tamayo Jaramillo, respecto del tema, solo para ilustrar el punto de discusión haremos referencias algunos de sus apartes en la columnas de los cuales extraeremos significativas conclusiones.

Tamayo provoca la discusión a partir del estudio de unas entrevistas producidas por grandes teóricos contemporáneos del derecho que con ocasión a la celebración del VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional visitaban nuestro país. En la columna titulada, Tamayo selecciona los argumentos de cada uno de ellos, resaltando la solución que plantean en cuanto al “espinoso” tema del matrimonio entre parejas del mismo sexo y el aborto (Alexy) y, el papel de tribunal constitucional (Elster), concluye que la Corte no puede interpretar por fuera de lo que la ley y el legislador ordene, el argumento sirve de cimiento para irse lanza en ristre en contra de la Corte Constitucional en su columna donde critica que la igualdad sea el fundamento de la corte constitucional para hacer obligatorios sus fallos y que precisamente sea ella a través de sus fallos quien beneficie a magistrados y congresistas con privilegios pensionales más allá de los del ciudadano común,

finalmente, conmina en su discusión a un pronunciamiento de su ahora antagonista jurídico López Medina.

En respuesta a la avanzada de Tamayo Jaramillo, López responde de forma muy metodológica en su columna López trata de encuadrar el argumento de Tamayo, es decir lo condensa, resume y estructura de tal manera que le permite conocer dónde va atacar en su próxima incursión en la deliberación, concluye que Tamayo posee dos grandes argumentos a saber el establecimiento de un “precedente obligatorio” en contra de los claro texto normativo explícito y otro más llamativo aún si la corte ha establecido un sistema desigualitario en materia pensional de magistrados respecto de los ciudadanos del común, queda en suspenso sus reales argumentos de oposición a Tamayo.

En concordancia con lo planteado, López amplía su respuesta en su columna, en ella se refiere específicamente al criterio de Tamayo en dos aspectos: (i) el precedente obligatorio y (ii) la interpretaciones valoristas, su explicación versa primeramente en cuanto a la interpretación del artículo 230 constitucional, de ello explica, se deriva dos situaciones, a saber: (i) si se interpreta el artículo desde la esfera formalista debemos afirmar que los jueces solo están sometidos a la ley, y que las demás fuentes, esto es, la auxiliares cumplen la función de interpretar la norma “oscura” al tiempo que advierte que la jurisprudencia constitucional no acoge esta tesis porque no resulta consonante con los principios de igualdad y supremacía constitucional.

Aunado a lo anterior, el concepto de ley indica, no debe observarse de modo restrictivo, sino más bien extensivo al concepto de supremacía constitucional que está históricamente por encima que el concepto de legalidad.

De las anteriores deducciones afirma el papel de la jurisprudencia adquiere un nuevo rol dentro del sistema de derecho contemporáneo, el cual le otorga independencia intelectual y política, lo que a su vez la dota de fuerza normativa como faro orientador a la actividad judicial que deba fallar nuevos casos.

Expresa una corrección dirigida a Tamayo en el sentido que el precedente no es obligatorio, sino que él impone una obligación de exponer argumentos válidos para desatender el precedente, se le otorga pues, que afirma López es la forma de ponderar autonomía judicial e igualdad de trato.

Esta discusión alcanzaría su al desatarse la respuesta de Tamayo al argumento -ahora si- explícito de López, era de esperarse la contundente y siempre vehemente defensa de sus argumentos de parte de Tamayo en su columna donde de forma directa acusa a López de carecer de argumentos coherentes jurídicamente frente al tema planteado.

Tamayo defiende la interpretación de los jueces pero estableciendo como límites a la misma el estado social de derecho. Señala a López de encasillar al Derecho como una teoría de poder político, acusa a la corte de querer posicionarse por encima del resto de los poderes y además fomentar la lucha de clases.

Finalmente, destaca que ese tipo de interpretaciones antes de pregonar la igualdad lo que hace es generar desigualdad material, lo que califica de incoherente.

3.7. ¿Es la confrontación López vs. Tamayo, una discusión dogmática?

Dejando claro de antemano el profundo respeto que cada uno de los autores referenciados me merece en sus actividades académicas e investigativas, a quienes además he tenido el inmenso placer de conocer y además observarlos y escucharlos debatir estos mismos temas, me permito con cierta “autoridad” expresar algunas consideraciones al respecto.

La primera de ellas es que López y Tamayo hablan dos “idiomas diferentes”, y no refiere el autor una distinción entre dialectos o lenguas, sino de orientación, explicación y argumentación de sus tesis.

Tamayo es un abogado práctico, un litigante acucioso, inquieto, probado en distintas lides jurídicas, formado como muchos bajo una tendencia estas características lo refleja en sus argumentos

al sustentar en ellos, críticas férreas y por qué no, fundadas en hechos fehacientes de sonada incidencia política -como el caso de pensiones privilegiadas para magistrados-. Tamayo traslada sus argumentos a la arena jurídica demostrando fácticamente que en el caso de la corte “se predica, pero no se aplica” y además que consecuente con su formación jurídica, defiende de manera contundente el respeto por el contenido semántico del artículo 230 C.N.

En la otra esquina se encuentra Diego López, un abogado dedicado casi que exclusivamente a la academia, de un talante científico envidiable, de una formación jurídica propia del derecho anglosajón y de una estructura teórica-jurídica como pocos en el país. La particularidad de Diego radica en la “tecnicidad” de sus argumentos -muchas veces poco entendibles por sus lectores-, además de la riqueza conceptual de su discurso, logra equiparar los argumentos de los teóricos del derecho contemporáneo más significativos de nuestra época a la solución de problemas jurídicos de actual relevancia en nuestro contexto social.

Como se señaló en líneas anteriores, en el concepto del autor los argumentos de uno y otro se encuentran en contravía, pero por razones distintas, la disputa no es ideológica, ni tampoco técnica, ni mucho menos política, es dogmática -muy al estilo particular de cada cual-.

El dogma de Tamayo deviene de una experiencia litigiosa y judicial siempre respetuosa y orientada al respeto irrestricto al principio de legalidad _que a su criterio direcciona el ordenamiento jurídico colombiano- mientras que Diego en un estudio estructural y sistemático de la decisiones de la Corte y apoyado en argumentos doctrinales de derecho contemporáneo revoluciona las ya acostumbradas tesis legalistas.

Si de tener razón se trata, se considera, no hay dogmas o tesis absolutas, cada una tiene sus fortalezas y sus debilidades, pero creo que tanto esos denotados juristas como el autor debemos concluir que el estado de la discusión no permite equipararlas en un mismo plano y no con ello se pretende desestimar una u otra,

es decir, si bien podría en un primer estadio pensar que la discusión es sobre el mismo tema, los argumentos son distantes y de connotaciones prácticas distintas por lo que pienso la discusión queda en el plano dogmático. No obstante lo anterior, la discusión también ayuda, y con mucha fuerza, a la construcción diaria de la teoría del derecho y la ciencia jurídica

Lo que corresponde entonces a los espectadores de tal pugna es abrigar el sentir de cada uno -con su particular estilo- en la construcción de una tesis que tenga como único y específico fin la realización del estado social de derecho y el establecimiento de un orden justo.

3.8. Lo que viene

Los anteriores planteamientos, las tesis esbozadas, y las discusiones acerca del papel de las sentencias de las cortes, como se observó, nacen desde finales del siglo XIX. Apenas es un tema en gestación, en construcción y que constituye un reto para los teóricos actuales del derecho. Cualquiera que sea la tendencia, la visión política y la lectura ideológica debe entenderse que la consigna no es tomar partido de forma subjetiva, es más constructivo entrar a la discusión para afrontar los retos sociales, “engrasar” la maquinaria social, para de esa forma construir a partir del derecho, la política, la economía y los cambios inherentes a la evolución del ser humano.

Consonante con los retos que sugiere el entorno social, político y económico de nuestro ordenamiento jurídico, el ejecutivo ha promovido la muy discutida y hoy rechazada, en la cual no se avizoraban cambios significativos relacionados con el tema planteado, sin embargo, es de acotar, el sentimiento profundo que embarga a otras corporaciones judiciales, como el Consejo de Estado, el cual presentó una propuesta de reforma a la justicia que abordaba el tema en los siguientes términos:

El Proyecto de Acto Legislativo Número 11 de 2011⁶⁰ Senado, en su artículo 10 consagraba:

⁶⁰ Congreso de la República, 1968. Acto Legislativo 1.

Artículo 10. El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

“Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, son independientes y están sometidos a la Constitución, a la ley y al precedente judicial vinculante.

La ley determinará los requisitos y los casos en los cuales el precedente judicial tendrá efectos vinculantes⁶¹”.

Nótese cómo, mediante la modificación del articulado que regula el sistema de fuentes de la actividad judicial, se quiso modificar y elevar a rango constitucional expreso, la inclusión del precedente como fuente vinculante de derecho en nuestro sistema. No obstante, este tema de remota incidencia política y de avanzado desarrollo jurisprudencial, poco o nada fue atendido, por competir con temas de clara “importancia” al legislativo y judicial, como la administración de justicia por parte de particulares, la notable importancia en la modificación en el tema de la pérdida de investidura e investigación de aforados constitucionales, temas que por mucho sobrepasan en interés y trascendencia al políticamente irrelevante tema del precedente.

Aunque este tema no haya sido tomado en cuenta pese a su importancia como fin esencial de la administración de justicia y en aras de propender por su eficacia y coadyuvar en su descongestión, deja entre ver que realmente los motivos que se persiguen con la reforma, es más político y de “marco de impunidad” que de conveniencia común a la obtención real y efectiva de la justicia.

Si bien esta iniciativa fue catalogada de forma acertada como un fracaso del actual gobierno, no hay que desconocer la intención que embargaba al ejecutivo en su primer año de mandato -finales del año 2010- en presentar un proyecto que estableciera de forma concreta el papel de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho, el cual llevaba la siguiente orientación:

Los jueces en sus jurisprudencias solo están sometidos a la Constitución, al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia.

⁶¹ Congreso de la República, 2011. Gaceta No. 594 del 11 de agosto.

La ley definirá los casos en que la jurisprudencia tendrá fuerza vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas. Los cambios jurisprudenciales solo tendrán efectos hacia el futuro.

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

Las intenciones en este proyecto iban orientadas a conjurar el recurrente problema de la congestión judicial y administrativa. Así, se consideraba que la constitucionalización del precedente sería una medida pertinente y eficaz en la descongestión en temas neurálgicos como la salud y las pensiones, otorgando coherencia y uniformidad al sistema jurídico colombiano, y respondiendo a las expectativas legítimas de los ciudadanos en condiciones de igualdad⁶².

Empero, han sido discusiones que no han tenido calado al interior del legislativo, desconociendo la realidad fáctica del tema y más bien “cuidando” de forma celosa la autonomía judicial. Sin embargo, este proyecto no sería el único, ya que en anteriores ocasiones desde los gobiernos del expresidente Uribe también se reflejaba esa intención cuando en los años 2002⁶³ y 2008⁶⁴, se pre-

⁶² López Medina. Materiales para la reforma del artículo 230 de la Constitución Política. Disponible en www.ambitojuridico.com.

⁶³ La redacción propuesta por el entonces Ministro Fernando Londoño Hoyos, era la siguiente: “Los jueces en sus providencias estarán sujetos a la ley escrita, a la costumbre comercial y a la jurisprudencia como normas jurídicas cuyo alcance determina la propia ley. Los principios generales de derecho, la equidad y la doctrina son criterios auxiliares de interpretación e integración normativa.

Los cuerpos colegiados que administren justicia no podrán modificar su jurisprudencia sino con mayorías calificadas y precisa motivación. La jurisprudencia de un tribunal tendrá que ser expresamente señalada como tal en la parte resolutive de las sentencias. Las motivaciones de las mismas no constituyen jurisprudencia.”

⁶⁴ La propuesta del Ministro Valencia Cossio traía la siguiente redacción: “Los jueces, en sus providencias, solo 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.”

La ley podrá determinar los casos en que la jurisprudencia sea obligatoria para los funcionarios de la Rama Ejecutiva.

sentarán sendos proyectos de reforma al tan mencionado artículo 230 constitucional, corriendo igual suerte en su trámite.

No obstante las anteriores “derrotas” sufridas por el ejecutivo en su altruista intención de otorgarle canon constitucional al precedente, saldría avante una iniciativa que coadyuva de forma positiva al establecimiento legal sobre el efecto vinculante del precedente, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA- en su artículo 102 refiere la extensión de la jurisprudencia del consejo de estado frente a terceros, así:

Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos (...).

La redacción del artículo aludido torna obligatoria la atención de la jurisprudencia del consejo de estado ante las autoridades -entendidas, claro está, las autoridades judiciales y administrativas-, no obstante esta norma tendría control constitucional y resultaría en la Sentencia C-816 de 2011, la cual declarararía la exequibilidad condicionada de este artículo, en los siguientes términos:

Se observa que la Corte Constitucional reivindica nuevamente su papel como supremo guardián de la Constitución y reafirmando su jerarquía en materia constitucional. En similar sentido, la misma Corte Constitucional confirmó la fuerza vinculante de sus fallos, reiterando el principio de supremacía constitucional y además la extensión en el acatamiento de los fallos de la corte en materia constitucional.

Lo anterior no evidencia un choque de jurisdicciones, por el contrario muestra un acuerdo hacia el respeto de los precedentes dictados por altas cortes, escindiendo de manera natural los conocimientos que por especialidad posee cada jurisdicción.

Dos pronunciamientos, de enorme relevancia sobre el tema propuesto, son igualmente las sentencias C-539 de 2011 y C-634

de 2011, donde se estudia de igual forma la “regulación” legal del precedente.

En el caso de la C-539 de 2011, la Corte Constitucional analiza el artículo 114 (parcial) de la Ley 1395 de 2010⁶⁵. En ella, se reitera el carácter vinculante de las decisiones jurisprudenciales de todas las cortes en sus respectivas especialidades (ordinaria, contenciosa y constitucional), explica además el alcance de la expresión, entendida no en su acepción gramática o textual, sino entendida la ley como el conjunto de normas constitucionales, legales y las interpretaciones de los máximo órganos judiciales.

Realiza una interpretación extensiva del artículo 230 apoyada en estipulaciones constitucionales como las del artículo 4°, 6°, 13, 29, 241, entre otros, otorgándole un entendimiento más amplio del simple concepto formal de ley, dándole la connotación de ley más hacia su acepción material.

Concluye la Corte que sus decisiones hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y que poseen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas, que su desconocimiento implica la afectación de derechos fundamentales y por tanto una violación directa de la constitución y la ley, y que puede generar para con las autoridades administrativas, responsabilidad penal, disciplinaria y administrativa.

Por su parte, la Sentencia C-634 de 2011 se encarga, al igual que la C-816 de 2011, de defender el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial, confirmando la exequibilidad del artículo 10⁶⁶ del CPACA, cuya consagración legal es similar a la del ya estudiado artículo 102 del mismo código. En esta sentencia agrega

⁶⁵ Congreso de la República, 2010. Ley 1395, Diario oficial No. 47.768 del 12 de julio.

⁶⁶ “Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

la Corte el nivel de fuente formal de derecho que posee la jurisprudencia, la autoridad de los órganos de cierre en establecer el precedente que adquiere la característica de ser vinculante, señala además que los errores normativos encuentran sentido y corrección en la interpretación judicial.

Analiza la corte que las disposiciones normativas deben interpretarse para cada caso concreto a través del método de armonización concreta, armonización entre la norma y las demás fuentes del derecho empezando por la Constitución y el bloque de constitucionalidad. Este método es aplicable cuando hablamos de disposiciones jurídicas de reglas.

No obstante lo anterior, existen disposiciones normativas de principios. En este caso sostiene la Corte, es necesario orientar la labor interpretativa del juez a resolver posibles colisiones entre principios o entre principios y reglas, ese proceso de armonización debe realizarse a través de la demás fuentes del derecho y deben resolver el problema jurídico creando una regla jurídica aplicable a través del precedente judicial vinculante, cuya explicación encuentra sustento desde la teoría expresada y como necesidad de darle eficacia a los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

Aclara la Corte que las decisiones tomadas se constituyen en reglas de derecho y que hacen tránsito a cosa juzgada, entre tanto la de la misma se convierte en subregla de carácter vinculante que a través de la armonización concreta resuelven los asuntos sometidos a conocimiento de las autoridades judiciales o administrativas.

La nota concordante de esta sentencia para con la C-816 de 2011, es precisamente la exequibilidad condicionada que se le impone al texto normativo en el sentido que en materia constitucional se observará de forma preferente los precedentes dictados por la Corte Constitucional.

Se observa entonces que las múltiples y reiteradas tendencias de respeto del precedente, defendidas de manera clara y férrea por la actual Corte Constitucional, que prohíjan su estipulación legal y amplían el catálogo de derechos y garantías protegidas,

siguen consolidando una línea decisional imperante al interior de la Corte extendida a los demás órganos de cierre.

Una vez realizado este bosquejo al interior de nuestro ordenamiento jurídico, es necesario dar una mirada a la forma como las instituciones de derecho extranjero, de las cuales se alimentan nuestro derecho constitucional interno, han abordado el tema.

Efecto vinculante de las sentencias de los tribunales constitucionales en el derecho europeo y latinoamericano, España, Italia y Argentina.

España

El derecho colombiano sin duda, se ha nutrido en gran manera de las instituciones de derecho europeo y más concretamente del derecho español. A continuación se describirá de manera breve como aborda el sistema jurídico español el tema del efecto vinculante de los fallos del tribunal constitucional español. Sea lo primero revisar las normas constitucionales y las leyes orgánicas relevantes en el tema planteado.

La Constitución española de 1978 consagra en su artículo 164.1 los efectos propios de las sentencias que dicte el tribunal constitucional español, reza que:

Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos⁶⁷.

Obsérvese en una primera medida que los efectos de las sentencias del tribunal constitucional español todas -excepto las que comporte un estudio subjetivo de un derecho, como las que resuelven amparo- tendrán plenos efectos de cosa juzgada frente

⁶⁷ En: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Paginas/Constitucion1.aspx#c24>

a todos –inclúyase los ciudadanos, las autoridades públicas y el poder judicial. Esta redacción se identifica plenamente con el artículo 243 de la Constitución colombiana, la cual fija los efectos de los fallos de la Corte Constitucional dándoles alcance de cosa juzgada constitucional.

Queda claro, los efectos de cosa juzgada que fija la Constitución española a los fallos del tribunal constitucional, cuando: (i) se resuelva la constitucionalidad de las normas y de las disposiciones normativas con fuerza de ley⁶⁸ y también cuando se resuelvan conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas⁶⁹; esa claridad se presenta igualmente en nuestro entorno de derecho colombiano, con excepción de la facultad de dirimir conflictos de competencia. Se observará a continuación donde radica la discusión del efecto vinculante de las decisiones del tribunal constitucional español.

La situación excluida –amparo constitucional- para otorgarle efecto de cosa juzgada a los fallos frente a todos tiene un tratamiento especial de parte de la ley orgánica del tribunal constitucional⁷⁰. Esta ley, en su artículo 53, contiene dos situaciones a resolver en el fallo y son: (i) otorgamiento del amparo o (ii) denegación del amparo. Por su parte, el artículo 55.1 esboza que los pronunciamientos otorguen el amparo pueden tener las siguientes declaraciones:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos.

(...) (Subrayas ex-texto)

Con la lectura de la norma se observa, contrario a lo planteado por buen sector de la doctrina española⁷¹, que los efectos de los

⁶⁸ España. Congreso de los Diputados, 1978. Constitución Española. Artículo 161. a)

⁶⁹ *Ibíd.* Artículo 161. c)

⁷⁰ España. Congreso de los Diputados, 1979. Ley Orgánica 2.

⁷¹ En este sentido, Rubio & Aragón, 1980, p. 845.

fallos del tribunal constitucional español que resuelva el recurso de amparo, pueden ser extendidos a criterio del mismo tribunal⁷², porque el recurso de amparo cumple también la finalidad de garantizar el orden jurídico y, en concreto, la observancia de la Constitución⁷³.

Hasta ahora, no se presenta dificultad aparente en otorgarle efectos vinculantes a todas las sentencias del tribunal constitucional español. No obstante, se determinará la “obediencia” de los actores judiciales en el sistema constitucional español.

El tribunal español basados en una tendencia -al igual que en el caso colombiano- de protección de garantías fundamentales como la igualdad (art. 14 C.E) y a la seguridad jurídica (art. 93 C.E)⁷⁴, ha establecido que su jurisprudencia se convierte en auténtico precedente para los jueces y Tribunales⁷⁵. Al respecto se observa el artículo 5.1 de la nueva LOPJ⁷⁶, el cual consagra que: Lo anterior significa que (i) se perfecciona el principio de la supremacía constitucional (art. 9 C.E) y (ii) se debe acoger la interpretación del tribunal constitucional español de forma completa, es decir cuando se ejerza el control constitucional de la leyes o normas con fuerza de ley, cuando dirima los conflictos de competencia del estado y las comunidades autónomas y, claro está, cuando resuelva el recurso de amparo. Se observa con lo anterior que el modelo de vinculatoriedad del precedente que se aplica en Colombia no es huérfano y cuenta con respaldo en un país de trayectoria constitucional relevante como España, con ciertas diferencias como es natural, por ejemplo el hecho de que exista una norma al interior del ordenamiento jurídico español que otorga ese efecto vinculante a las sentencias del tribunal constitucional, a diferencia de que en Colombia los logros en esa materia han resultado de la interpretación a la luz de los principios constitucionales

⁷² España. Tribunal Constitucional, 1982. Sentencia 83, M.P. Rafael Gómez.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Pibernat Domenech, 1987, pp. 57-85.

⁷⁵ En este sentido se pronuncian Sierra, y Calvo, 1985, p. 277.

En contra, SALA, 1981, p. 2460.

⁷⁶ España. Congreso de los Diputados, 1985. Del Poder Judicial, Ley Orgánica 6, BOE No 157.

de la igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, y no de la voluntad clara y expresa del legislador o del constituyente mismo.

Italia

El modelo italiano de control constitucional permite comprender el tema del efecto de los fallos de la corte constitucional italiana. Así, se observa que el control que se ejerce -homólogo en parte al caso colombiano-, por la Corte Constitucional de Italia, tanto por vía de acción como de excepción⁷⁷.

En lo que respecta a estos tipos de control, hay que resaltar que: (i) es por vía de excepción porque surge de controversias o litigios comunes que son de conocimiento de la Corte por remisión de los jueces comunes, (ii) es posterior por que la legitimidad constitucional de las leyes solo es ventilada una vez la norma se encuentra en plena vigencia y (iii) es en concreto es cuando la corte solo conocerá de esa determinada cuestión cuando quiera que se aplique una norma a un caso concreto. Se requiere además el asunto debe ser relevante para decidir la cuestión principal⁷⁸.

El sustento del tipo de control constitucional ejercido por la Corte Constitucional italiana no deviene directamente de la Constitución, sino de la Ley Constitucional No. 1 de 1948⁷⁹, sección 1, la cual reza que: Es precisamente este tipo de control, incidental o por vía de excepción, de carácter concreto y posterior, el que analizaremos en las siguientes perspectivas, apoyados en las consideraciones sobre el tema, esbozadas por Gustavo Zagrebelsky en su obra.

Sea lo primero tener en cuenta que (i) se ejecutaba por parte de la Corte, un control de carácter parcial bajo el entendido que solo abarca un caso concreto, el cual, remitido a la Corte Constitucional de parte de un juez o tribunal ordinario, en el que resuelve declarar inconstitucional la norma solo frente a un caso concre-

⁷⁷ Guastini, 2008. Disponible en http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/GUASTINI_R--_La_constituionalizacion_del_ordenamiento_juridico_1_.pdf.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ República de Italia. Congreso de la República, 1948. Legge costituzionale 1, G.U. No 43. del 20 febbraio.

to⁸⁰, (ii) los efectos de la anulación de la norma que se reputa inconstitucional, es la cesación de su eficacia normativa a partir de la fecha de la publicación de la sentencia en la gaceta oficial, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 1° del artículo 136 de la Constitución italiana⁸¹. No obstante, esta norma sería sustituida a partir del párrafo III del artículo 30 de la ley 87 de 1953⁸², el cual consagra que:

El anterior criterio permite la aplicación retroactiva de los fallos de la corte protegiendo situaciones anteriores al fallo de constitucionalidad. Igualmente, surge una situación a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, la cual genera un vacío o laguna normativa, la cual deberá ser llenada por un pronunciamiento de la Corte Constitucional.

(iii) Una tercera situación se presenta ante la ausencia de un recurso directo de protección constitucional, como podría ser el amparo -o acción de tutela en el caso colombiano-, pero que resulta remediado a través del trámite incidental, el cual solo aplica para el juez de instancia y no directamente a la Corte. En este caso el juez actúa como facilitador y remitir el asunto a conocimiento de la corte.

⁸⁰ Un ejemplo podría ser las sentencias No. 1489 de 1992 y sentencias No. 303 de 1996, donde la Corte Constitucional resolvió un asunto referido a la adopción de menores de edad, donde la ley establecía los requisitos que entre adoptante y adoptado, debía haber una diferencia de edad mínima de 18 años y máxima de 40 años. Sin embargo, fue a conocimiento de un juez ordinario el proceso de adopción de un niño que tenía un hermano, el cual no podía ser adoptado junto a él porque la diferencia de edad respecto del adoptante era mayor de 40 años. La Corte Constitucional en este caso le dio prevalencia a los intereses del menor y el derecho a no ser apartado de su núcleo familiar donde se ha desarrollado junto a su hermano, la norma guarda consonancia y plena vigencia, pero frente al caso concreto la restricción de edad era inconstitucional y fue inaplicada y se protegieron los derechos del menor. ZAGREBELSKY, Gustavo. Realismo y concreción del control constitucional de las leyes en Italia. Estudios constitucionales, revista del centro de estudios constitucionales, volumen 6. Universidad de Talca. 2008

⁸¹ República de Italia. Congreso de la República, 1948. La Costituzione Italiana.

⁸² República de Italia. Congreso de la República, 1948. Legge costituzionale 1, G.U. No 43. del 20 febbraio.

(iv) Por último, y de vital importancia es la interpretación de las normas que realice la Corte Constitucional, la cual generó en algún tiempo resistencia al interior de la Corte de Casación y que en casos eran contradictorias, situación que tendría final con la sentencia 299 de 2005, la cual limita la función interpretativa de la Corte Constitucional y la deja en manos de la Corte de Casación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el sistema italiano de control constitucional y el papel de la corte constitucional, es débil y desprovisto de herramientas útiles para la efectiva protección de los derechos fundamentales. Es igualmente limitado el alcance de sus fallos y mermado su rol como tribunal constitucional frente a la operancia de una Corte de Casación, por lo que se considera que poco ofrece el referente italiano en la construcción de una tesis fuerte del efecto vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional.

Argentina

El derecho constitucional argentino es sin duda un referente en Latinoamérica en lo que respecta a libertades, garantías y protección de derechos fundamentales. No por nada ha liderado en nuestro entorno la protección de derechos de parejas del mismo sexo u homoafectivas, permitiendo la unión matrimonial entre éstas⁸³. No obstante lo anterior, nuestro estudio comparado se centrará de forma concreta a la vinculatoriedad de los efectos de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Sea lo primero explicar en qué consisten las funciones propias de la corte suprema de justicia de la nación argentina, en cuanto a constitucionalidad se refiere. Encontramos en este contexto que la Corte Suprema ejerce control constitucional de carácter concreto y por vía de excepción o inaplicación⁸⁴, o como podemos llamar en nuestro contexto colombiano, excepción de inconstitucionalidad.

⁸³ República de Argentina. Congreso de la República, 2010. Ley 26.618 y Decreto 1054, Boletín Oficial No 22 del 27 de Julio.

⁸⁴ Sagües, 2006.

Partiendo de este punto es necesario, contextualizar el estudio el cual se referirá única y exclusivamente a los pronunciamientos de la Corte en ejercicio de este tipo de control de constitucionalidad, que ofrecen una visión importante de los cambios jurisprudenciales en torno al efecto vinculante de las sentencias de la Corte Suprema de la nación argentina, para lo cual tomaremos de referencia la obra de Néstor Pedro Sagües, .

El primer caso acotar es la (i) Causa Magdalena Videla vs. Vicente García Aguilera (1870). En ese caso, un juez federal consideró que: “El segundo caso sería la (ii) Causa, en esa ocasión la Corte afirmó “que sus decisiones deciden solamente el caso concreto y no obligan legalmente sino en él” y añadió:

(iii) la Causa, resalta la libertad de juicio de los jueces para pronunciar sus veredictos y que esa facultad debía ser compatible con el carácter definitivo de los fallos de la Corte Suprema y concluye que apartarse de la jurisprudencia de la Corte, mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos, significa desconocimiento deliberado de aquella autoridad...⁸⁵”.

Finalmente (iv) la Causa en esa sentencia esboza la Corte Suprema que los jueces inferiores deben aplicar las reglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte Suprema, y carecen de fundamento las sentencias que se apartan de ellas, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia⁸⁶.

La particularidad del sistema de derecho constitucional argentino consiste en la inexistencia de un tribunal “exclusivo” constitucional, lo que genera que exista más uniformidad y menos confrontaciones entre tribunales como en los casos italianos y colombiano. El papel de la Corte Suprema argentina lo erige como un tribunal supremo e irrefutable, que unifica y genera amplia confianza entre los asociados.

⁸⁵ República de Argentina. Corte Suprema de Justicia. Fallo 212:59.

⁸⁶ República de Argentina. Corte Suprema de Justicia, 1968. La ley, A-178.

Por lo anterior, se considera que, si bien es un modelo homólogo -en parte- con el colombiano, en Argentina, al igual que en Colombia, se reivindica el carácter vinculante de los fallos de la Corte.

Conclusión

El tema de la interpretación del artículo 230 constitucional es sin duda un tema que ha despertado las más recientes discusiones en cuanto a derecho constitucional se refiere. La confrontación del denominado formalismo en contra de las nuevas visiones del derecho constitucional, cuyos exponentes más denotados -López y Tamayo- hemos estudiado en el presente artículo, nos obliga a aportar distintas visiones del tema para efectos de enriquecer la ciencia del derecho.

Si bien el estudio del tema no está acabado, pese a los múltiples escritos de diversos y reconocidos autores, se considera un tema aún en construcción nutrido de forma principal por las teorías contemporáneas de derecho constitucional, y con las experiencias internas y externas de la puesta en marcha de la teoría del efecto vinculante de las sentencias de la Corte.

Si de fijar posición se trata y lejos de cualquier apasionamiento por alguna y otra tendencia, se debe expresar que resulta altamente beneficioso otorgarle como se aplica en Colombia, efecto vinculante a las sentencias de la Corte, con el único y altruista objetivo de salvaguardar las garantías mínimas de la igualdad y los principios de seguridad y confianza legítima, claro está, bajo lineamientos establecidos en un marco lógico y garantista, que avance en la protección de los derechos fundamentales evitando la petrificación del sistema de derecho, pero con la observancia de los principios generales de la carta del 91.

Empero, el hecho de que estas circunstancias se consideren favorables no implica que no sean peligrosas, peligros que pueden ocasionar la arbitrariedad y atropello a las instituciones democráticas adentrándonos en un imperio judicial-político que acabe con la separación de poderes y sistema de pesos y contrapesos.

Por lo anterior, se debe recordar el fin u objetivo protegido por esta tesis, que no es otro que garantizar el pleno respeto de los derechos y garantías contenidas en la carta política.

Existen peligros ideológicos que necesariamente pueden deformar la verdadera intención de darle el carácter de fuente formal al precedente, y ser sujetos de maleables tendencias que pongan en riesgo la coherencia y estabilidad del sistema jurídico. Es necesario ir construyendo cada vez más la tesis orientada y reduciendo el margen de volatilidad de las tendencias.

Necesariamente el derecho deberá evolucionar, pero esa evolución debe ir de la mano siempre en la búsqueda de la justicia, equidad, igualdad y seguridad jurídica como faros conductores hacia la perfección del modelo de estado social de derecho.

Como crítica puede expresarse que en muchos casos el sistema de elección de magistrados puede afectar la legitimidad de sus decisiones, afectándolos con un lastre político que en ocasiones pueda afectar la claridad u objetivo de la justicia. Podría pensarse en el futuro próximo en algunas modificaciones al respecto para que la justicia sea un real servicio público y un adecuado instrumento de equidad.

Queda entonces sobre la mesa la discusión, bajo unos parámetros entendibles, siempre rebatibles y fluctuantes -cuando las circunstancias lo ameriten-, en busca de uniformidad del sistema judicial y protección de derechos, para evitar atropellos e inequidades, sin incurrir en ellos, procurando siempre ser canal de garantía y no instrumento de conveniencia.

Referencias

Biografías y Vidas (2004-2013). *Antonio José Uribe*. Disponible en [http:// www.biografiasyvidas.com / biografia / u / uribe_antonio.htm](http://www.biografiasyvidas.com/biografia/u/uribe_antonio.htm).

Congreso de la República (1886). Constitución Política. Colombia.

Congreso de la República (1886). Provisional sobre organización y atribuciones del poder judicial y el Ministerio Público y al-

gunos procedimientos especiales. Ley 61, Diario Oficial No. 6.881. Colombia.

Congreso de la República (1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887, Ley 153. Diario oficial No 7.151. Colombia.

Congreso de la República (1890). Sobre reformas a los procedimientos judiciales, Ley 105. Diario oficial No 8.296. Colombia.

Congreso de la República (1892). Sobre reformas judiciales, Ley 100. Diario oficial No 9.023. Colombia.

Congreso de la República (1896). Sobre reformas judiciales, Ley 169. Diario oficial No. 10.235. Colombia.

Congreso de la República (1968). Por medio del cual se reforman los artículos 78, 86, 116, 179 a 181, 183, 184, 228, 230 a 232, 237, 238, 241, 254 a 257, 264 y 265 de la Constitución Política de Colombia, Acto Legislativo 1, Diario Oficial No. 32.673. Colombia.

Congreso de la República (1991). Constitución Política. Colombia.

Congreso de la República (1996). Estatutaria de administración de justicia, Ley 270. Diario Oficial No. 42.745. Colombia.

Congreso de la República (2000). Por la cual se expide el Código Penal, Ley 599. Diario Oficial No 44.097. Colombia.

Congreso de la República (2010), Por el cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, Ley 1395. Diario Oficial No. 47.768. Colombia.

Congreso de la República (2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437. Diario Oficial No. 47.956. Colombia.

Congreso de la República (2011). Gaceta No. 594 del 11 de agosto.

- Corte Constitucional (1992). Sentencia T-406, M.P. Ciro Angarita Barón. Colombia.
- Corte Constitucional (1993). Sentencia C-131, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Colombia.
- Corte Constitucional (1993). Sentencia C-113, M.P. Jorge Arango Mejía. Colombia.
- Corte Constitucional (1993). Sentencia C-083, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Colombia.
- Corte Constitucional (1993). Sentencia T-079, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia.
- Corte Constitucional (1993). Sentencia T -15, M.P. Vladimir Naranjo Mesa. Colombia.
- Corte Constitucional (1993). Sentencia C-149, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Colombia.
- Corte Constitucional (1995). Sentencia C-037, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Colombia.
- Corte Constitucional (1995). Sentencia T-123, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia.
- Corte Constitucional (1995). Sentencia T-260, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Colombia.
- Corte Constitucional (1999). Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero. Colombia.
- Corte Constitucional (2001). Sentencia C-836, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Colombia.
- Corte Constitucional (2001). Sentencia C-737. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Colombia.
- Corte Constitucional (2004). Sentencia T-025, M.P. Manuel Cepeda Espinosa. Colombia.

Corte Constitucional (2005). Sentencia C-590, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Colombia.

Corte Constitucional (2006). Sentencia C-355, M.P. Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández. Colombia.

Corte Constitucional (2007). Sentencia T-1092, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia.

Corte Constitucional (2008). Sentencia T-766, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Colombia.

Corte Constitucional (2006). Sentencia C-355, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia.

Corte Constitucional (2009). Auto 009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Colombia.

Corte Constitucional (2009). Auto 011, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Colombia.

Corte Constitucional (2010). Sentencia T-180, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Colombia.

Corte Constitucional (2010). Sentencia C-141, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia.

Corte Constitucional (2011). Sentencia C-539, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Colombia.

Corte Constitucional (2011). Sentencia C-634, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Colombia.

Corte Constitucional (2011). Sentencia C-816, M.P. Mauricio González Cuervo. Colombia.

Corte Constitucional (2012). Sentencia C-288, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Colombia.

Dworkin, R. (2002). Barcelona: Ariel.

España. Congreso de los Diputados (1978). Constitución Española.

- España. Congreso de los Diputados (1979). Del Tribunal Constitucional, Ley Orgánica 2. BOE No 239.
- España. Tribunal Constitucional de España (1982). Sentencia 83, M.P. Rafael Gómez Ferrer Morant.
- España. Congreso de los Diputados. (1985). Del Poder Judicial, Ley Orgánica 6, BOE No 157.
- Guastini, R. (2008). “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”. Universidad de Talca. Disponible en http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/GUASTINI_R--_La_constituionalizacion_del_ordenamiento_juridico_1_.pdf
- Hart, H.L.A. (1964). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- López Medina, D. (2006). (2da ed.). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Pibernat Domenech, X. (1987). La sentencia constitucional como fuente de derecho. pp. 57-85.
- Presidencia de la República (1991). Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtir-se ante la Corte Constitucional, Decreto 2067. Diario Oficial No. 40.012. Colombia.
- Presidencia de la República (1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Decreto 2591. Diario oficial No. 40.165. Colombia.
- Presidencia de la República (1991). Asamblea Nacional Constituyente, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Sesión plenaria junio 1 (0601). Colombia.
- República de Argentina. Congreso de la República (2010). Matrimonio igualitario, Ley 26.618 y Decreto 1054. Boletín Oficial No. 22 del 27 de Julio.
- República de Argentina. Corte Suprema de Justicia (1870). (Fallo 9:53).

República de Argentina. Corte Suprema de Justicia. (1968).
La Ley 1968-A-178.

República de Argentina. Corte Suprema de Justicia (2001). Fallo
25:368.

República de Argentina. Corte Suprema de Justicia. Fallo 212:59.

República de Italia. Congreso de la República (1948). La Costi-
tuzione Italiana.

República de Italia. Congreso de la República (1948). Norme sui
giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indi-
pendenza della Corte Costituzionale, Legge Costituzionale
1, G.U. No 43.

República de Italia. Congreso de la República (1953). Norme su-
lla Costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzio-
nale, Legge Costituzionale 87, G.U No 62.

República de Italia. Corte Costituzionale (1992). Sentenza No. 1489.

República de Italia. Corte Costituzionale (1996). Sentenza No.
303. M.P. Cesare Mirabelli.

Rubio, F., & Aragón, M. (1980). Madrid: Civitas.

Sagües, N. (2006). La eficacia vinculante de la jurisprudencia
de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU y Argentina. (1).
pp. 17-32.

Sala Arquer, J. (1981). (Vol. 3) Madrid: El Tribunal Constitucional.

Sierra, A., & Calvo García, M. (1985). Español. Zaragoza: De la
jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Tamayo Jaramillo, J. & Jaramillo, C. (2012). Bogotá: Ibañez.

Tobo Rodríguez, J. (2004 3ra ed.). Bogotá: Ibañez.

Villamil Portilla, Esgardo (2004). Bogotá: Consejo Superior de
la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.